

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

***“PROCEDENCIA EN ECUADOR DE LA INSCRIPCIÓN DE UN HIJO O
DE UNA HIJA CON LOS APELLIDOS DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL,
A LA LUZ DEL CASO SATYA”***

GABRIELA GISELL TAMARIZ CUZME

DIRECTOR: DR. MARIO MELO CEVALLOS

QUITO, 2015

Quito, 14 de agosto de 2015

Doctor
Manuel Jiménez Moreano
Secretario Abogado
Facultad de Jurisprudencia
PUCE
Presente.-

Estimado Doctor:

En respuesta a su oficio No. 242-SJG-15 en mi calidad de Profesora informante de la Disertación intitulada "PROCEDENCIA EN ECUADOR DE LA INSCRIPCIÓN DE UN HIJO O DE UNA HIJA CON LOS APELLIDOS DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL, A LA LUZ DEL CASO SATYA" elaborada por la señorita Gabriela Tamariz Cuzme, me dirijo a usted para informar sobre lo requerido.

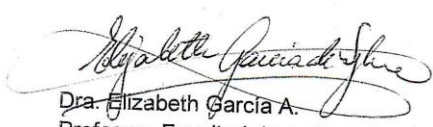
El tema abordado en la investigación es relevante a nivel nacional. La disertación desarrolla adecuadamente el marco teórico sobre los principios derechos de personas con orientación sexual diversa, especialmente respecto de vivir en familia así como lo relativo a la filiación, específicamente sobre la inscripción de hijos e hijas de parejas del mismo sexo.

Se aborda con solvencia lo relativo a género y permite revisar paradigmas del sistema jurídico ecuatoriano, a partir de argumentos importantes de teoría jurídica de derechos humanos y de derechos de la personalidad, especialmente respecto de reproducción asistida.

De la lectura se desprende que para dar una solución jurídica idónea al caso de análisis no es necesaria la reforma de normativa secundaria. La disertación con una correcta aplicación de los principios de la Doctrina de Protección Integral, logra demostrar la hipótesis de que la negativa de inscripción vulnera los derechos de la niña.

Los argumentos se sostienen en fuentes del derecho bien aprovechadas, como jurisprudencia de jurisdicción internacional, normativa de derechos humanos y constitucional. Por lo tanto, las conclusiones son coherentes con lo planteado en la disertación.

Con estos antecedentes, califico la tesis con la nota de Diez sobre diez (10/10)



Dra. Elizabeth García A.
Profesora Facultad de Jurisprudencia

Quito, 19 de agosto de 2015.

Doctor

Manuel Jiménez

Secretario de la Facultad de Jurisprudencia

PUCE

Ciudad.-

De mis consideraciones:

Habiendo sido designada profesora informante de la disertación "Procedencia en Ecuador de la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de una pareja homosexual", elaborada por la estudiante Gabriela Gisell Tamariz Cuzme, pongo a su consideración el siguiente informe:

La mencionada disertación cumple con los requisitos de fondo y forma necesarios para un trabajo académico.


La estudiante plantea de manera clara su planteamiento de que "bajo el amparo de la Constitución de la República del Ecuador, es procedente la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de una pareja homosexual, pues contiene los principios y derechos que deben aplicarse de manera directa e inmediata por los servidores públicos, administrativos y judiciales" y presenta en el desarrollo de la disertación una sólida argumentación para sustentar esta afirmación.

La disertación muestra un trabajo serio de investigación de diversas fuentes normativas (nacional, internacional y comparada), doctrina, jurisprudencia internacional aplicable al tema en análisis y el estudio a profundidad de un caso concreto conocido como el Caso Satya en Ecuador. Lo notable es que la estudiante logra a partir de esta información entretener un texto ordenado, coherente y consistente para demostrar su tesis.

Cabe destacar también la pulcritud y precisión en la redacción lo cual aporta a una clara comprensión del trabajo de investigación.

Por lo expuesto considero que esta disertación de licenciatura merece una calificación de 10/10 (diez sobre diez).

Atentamente,


Judith Salgado Álvarez

16
25.08/15

*A mi tío Biorggi,
porque le hubiera encantado estar aquí.*

*A Satya Amani Bicknell Rothon,
por ser la inspiración de este trabajo.*

*Y a todas las personas que luchan
por la igualdad de sus derechos.*

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá Fernanda, por enseñarme a ser libre y a no juzgar a nadie. La libertad y la independencia son tus mejores regalos.

A mi papá Héctor, gracias por la música, que me ha salvado de mí misma.

A ti, Galo, por ser mi sol. Tu apoyo fue fundamental en este trabajo. Gracias por ser imprescriptible.

A mis amigas Geovanna, Estefanía, Karina, María José y Gabriela, son y serán siempre inspiración. Su amistad es mi hogar.

Al Dr. Mario Melo, por haber sido mi guía. El mundo es un mejor lugar gracias a abogados como usted.

A Alberto Peña, Carlos Jérez, Daniela Guarderas y Daniel Palbuchta, porque lo que me han enseñado trascenderá en mi ejercicio profesional. Gracias por ser mis maestros.

A Helen Bicknell y Nicola Rothon, por darnos un ejemplo de lucha y amor.

Finalmente, agradezco a todas las personas que me ayudaron a cumplir esta meta, por sus ánimos y regaños también, fueron indispensables. Ustedes saben quiénes son.

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA	
Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
TABLA DE CONTENIDOS.....	iv
TABLA DE ANEXOS	vi
RESUMEN EJECUTIVO / ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: FILIACIÓN Y PAREJAS DEL MISMO SEXO	3
1.1. La concepción en la doctrina y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	3
1.2. La filiación y sus formas de configuración en la legislación ecuatoriana	6
1.2.1. La concepción dentro del matrimonio o dentro de una unión de hecho.....	8
1.2.2. Del reconocimiento voluntario	11
1.2.3. La filiación por sentencia judicial	14
1.3. Técnicas de reproducción asistida.....	14
1.3.1. Breve clasificación y descripción de las Técnicas de Reproducción Asistida	16
1.3.1.1. Técnicas Elementales	16
1.3.1.1.1. Estimulación Ovárica	16
1.3.1.1.2. Inseminación Artificial.....	16
1.3.1.2. Técnicas Avanzadas	17
1.3.1.2.1. Fecundación In Vitro (FIV)	17
1.3.1.2.2. ICSI (Siglas en inglés de Inyección Espermática Intracitoplasmática).....	18
1.3.1.2.3. Transferencia de gametos a la (s) trompa (s) de Falopio (GIFT).....	18
1.3.2. Donación de gametos sexuales y gestación subrogada	19
1.3.3. Las técnicas de reproducción asistida en Ecuador	21
1.4. La voluntad procreacional como fuente de filiación	22
1.5. Adopción y parejas homosexuales	33

CAPÍTULO II: DERECHOS Y PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN LA INSCRIPCIÓN DE UN HIJO O DE UNA HIJA CON LOS APELLIDOS DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL	39
2.1. Consideraciones generales sobre la homosexualidad.....	39
2.1.1. La importancia de los términos: Sexo y género. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género.....	42
2.1.2. La homosexualidad en Ecuador	43
2.2. Derechos y principios que permiten la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de una pareja homosexual	46
2.2.1. El principio de igualdad y no discriminación.....	46
2.2.2. La igualdad y no discriminación en la Constitución de la República del Ecuador	52
2.2.3. La orientación sexual como categoría prohibida de discriminación	55
2.3.4. La protección de las familias homoparentales.....	59
2.3.5. El interés superior del niño (y de las niñas y adolescentes)	66
2.3.6. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la identidad.....	68
2.3.7. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia	73
2.3. La inscripción de un nacimiento en Ecuador	77
CAPÍTULO III: EL CASO SATYA	82
3.1. Antecedentes	82
3.2. Negativa del Registro Civil a inscribir a Satya Amani con los apellidos de sus dos madres .	82
3.3. La acción de protección planteada	85
3.4. Apelación de la sentencia que negó la acción de protección planteada y resolución de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	97
3.5. La acción extraordinaria de protección	105
CONCLUSIONES	124
RECOMENDACIONES	126
BIBLIOGRAFÍA.....	127
ANEXOS.....	130

TABLA DE ANEXOS

Anexo 1	130
Anexo 2	131
Anexo 3	132
Anexo 4	134
Anexo 5	146
Anexo 6	160
Anexo 7	163
Anexo 8	185
Anexo 9	197
Anexo 10	202

RESUMEN EJECUTIVO / ABSTRACT

Con la expedición de la Constitución de 2008, los homosexuales veían un avance en cuanto al reconocimiento de sus derechos. El artículo insigne fue el 68, que reconoció a la unión de hecho entre dos personas, sin diferencia de género, otorgándoles los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Este, acompañado del artículo 67 que reconoció a las familias diversas y les otorgó protección por parte del estado, dilucidaban lo que parecía una victoria (a medias, pues el matrimonio y la adopción se restringió a parejas de distinto sexo).

Más de tres años después, en diciembre de 2011, cuando Nicola Rothon y Helen Bicknell solicitaron al Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación que se inscriba a su hija Satya Amani, con los apellidos de cada una, la respuesta fue rotunda: La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en el numeral quinto del artículo 32, exige que en el acta de inscripción de un nacimiento consten los nombres y apellidos y nacionalidad del padre y de la madre. Concluía que nuestra legislación, además, no contemplaba la doble filiación materna.

Este trabajo pretende analizar cuáles son los principios y derechos que deben aplicarse para que en nuestro país se proceda a inscribir a los hijos e hijas de parejas homosexuales con sus apellidos, con el fin de ofrecer una solución jurídica sin necesidad de una reforma a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, que, si bien sería elogiable, no debe entenderse como la única medida.

INTRODUCCIÓN

En el 2008, entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador. Desde los acalorados debates en la Asamblea Constituyente en Montecristi, inició la lucha de los colectivos LGBTI para el reconocimiento de sus derechos.

La Constitución reconoció a la unión de hecho entre dos personas, sin diferencia de género, y otorgó los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Además, reconoció a las familias diversas y les otorgó protección por parte del estado. A esto, lo llamo una victoria a medias, pues el matrimonio y la adopción se restringieron a parejas de distinto sexo.

Más de tres años después, en diciembre de 2011, cuando Nicola Rotheron y Helen Bicknell solicitaron al Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación que se inscriba a su hija Satya Amani con los apellidos de cada una (petición que fue negada), inició un debate que llamaba a muchos a invocar la “ley natural” o a la biblia como fuente de derecho.

Pero el debate poco se centró en los derechos de estas tres mujeres que pusieron en jaque a una sociedad y a un estado que, hasta ese momento, prefirieron ignorar la existencia de las familias homoparentales.

Así, este trabajo pretende alejarse de cuestiones morales y religiosas y toma el debate por las entrañas: ¿Cuáles son los derechos que se están vulnerando al negar la inscripción de una niña, que nació en el seno de una homoparental, con los apellidos de sus dos madres?

La pregunta clave que resume el objetivo de este trabajo, es la siguiente: ¿Cuáles son cuáles son los principios y derechos que deben aplicarse para que en nuestro país se proceda a inscribir a los hijos e hijas de parejas homosexuales con sus apellidos?

En base a lo anterior, este trabajo pretende demostrar que bajo el amparo de la Constitución de la República del Ecuador, es procedente la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de una pareja homosexual, pues contiene los principios y derechos que deben aplicarse de manera directa e inmediata por los servidores públicos, administrativos o judiciales.

En el primer capítulo se estudia las normas ecuatorianas infra constitucionales que se refieren a la filiación y sus formas de configurarse, así como el estudio de legislación comparada en donde la teoría de la voluntad procreacional separa a la filiación de lo biológico y de lo genético y ofrece a la voluntad (de ser padre o madre) como una fuente alternativa para que se establezcan lazos de filiación.

En el segundo capítulo, se exponen, de manera resumida, cuáles son los principios y derechos que deben aplicarse para que en nuestro país se proceda a inscribir a los hijos e hijas de parejas homosexuales con sus apellidos, así como la legislación correspondiente a la inscripción de un nacimiento en Ecuador, que, claramente, no se encuentra en armonía con los preceptos constitucionales, pero que, bajo ningún concepto deben restringir el ejercicio y la protección de los derechos de los integrantes de las familias homoparentales.

Este capítulo también se fundamenta en el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han dado tratamiento jurídico a los derechos y principios involucrados, así como a los derechos de las personas homosexuales y la protección a las familias.

Finalmente, en el tercer capítulo, se examina el “Caso Satya”, único en nuestro país en el que una pareja de lesbianas batalla por una decisión favorable que permita que se inscriba a su hija, Satya Amani, con los apellidos de cada una de ellas.

CAPÍTULO I: FILIACIÓN Y PAREJAS DEL MISMO SEXO

1.1. La concepción en la doctrina y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza la vida desde la concepción¹. En concordancia con esta norma, el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción.

De esta manera, resulta necesario puntualizar el alcance del término concepción. Al respecto, existen algunas corrientes sobre el inicio del ser humano.

En primer lugar, la que entiende a la concepción como la fecundación, es decir, la unión del espermatozoide con el óvulo; por lo que se afirma que desde este momento existe un “ser humano genéticamente individualizado, por tanto, un sujeto de derecho” (Espinoza, 2009: 36).

Sin embargo, dicha individualización no es inmediata, y es este el argumento que da paso a una segunda corriente, la cual defiende que para que exista una nueva célula producto de la unión del óvulo y el espermatozoide, denominado cigoto, los gametos masculino y femenino deben pasar por un proceso de fusión llamado singamia, cuya duración es de 12 horas aproximadamente. Una vez generado el cigoto, se puede hablar de un código genético único (*Cfr.* Merlyn, 2010: 432), es decir, una vida humana genéticamente independiente de la madre.

¹ Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (...).

La tercera corriente sostiene que la vida humana comienza con la implantación, que es la adhesión del embrión al útero de una mujer (*Cfr.* Merlyn, 2011: 12) Defienden que desde la anidación del embrión al cuerpo, es cuando se inicia el proceso de diferenciación de células y tejidos humanos y cuando la mujer comienza a sentir los síntomas del embarazo. Además, sostienen que antes de la implantación el porcentaje de eliminación espontánea de cigotos es bastante alto (*Cfr.* Merlyn, 2011: 13). Esta última corriente es la que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo explicaré a continuación.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.1. señala:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Sobre el alcance de los términos, “concepción”, “persona” y “ser humano”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica señala que existen dos corrientes científicas para definir el término concepción². La primera, entiende por concepción el momento de encuentro o de fecundación, del espermatozoide con el óvulo, generándose, como ya se explicó previamente, una nueva célula llamada cigoto. Por otro lado, la segunda corriente, entiende a la concepción como el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero; ya que esto es lo que permite que el cigoto se conecte con el sistema circulatorio de la madre y así puede acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para que el embrión pueda desarrollarse.

Sobre el momento de inicio de la vida, continúa, esto “se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa”, y coincide con tribunales nacionales e internacionales en el sentido de que no existe consenso sobre cuándo inicia la vida.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 180.

Empero, sobre lo que debe entenderse por “concepción”, la Corte señala que si bien la fecundación del óvulo da lugar a una nueva y diferente célula, que contiene la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, si este embrión no logra implantarse en el útero, no podría desarrollarse. Así, el término “concepción” no puede ser entendido “cómo un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer”³, ya que un embrión no puede sobrevivir si no se implanta al útero de la mujer.

La Corte concluye que el término “concepción”, en el sentido del artículo 4.1. de la Convención Americana, debe entenderse desde el momento en que ocurre la implantación del embrión en el útero, es decir que la concepción sólo ocurre en el cuerpo de la mujer; por lo que, antes de este evento, no es procedente aplicar dicho artículo.

Asimismo, determina que no es procedente otorgar el estatus de “persona” al embrión para efectos del artículo 4.1. de la Convención. Sostiene que la finalidad de esta norma es salvaguardar el derecho a la vida sin que implique negar otros derechos protegidos por la Convención. Al efecto, las palabras “en general” pretenden permitir que, ante un conflicto de derechos, se pueda invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción⁴. Agrega que la protección al derecho a la vida es gradual e incremental según su desarrollo, puesto que no es un deber absoluto e incondicional, sino que se debe entender la procedencia de excepciones a la regla general.

Retomando las corrientes que nos explican qué debe entenderse por concepción, finalmente, una cuarta corriente nos indica que la vida humana empieza con el inicio de la actividad cerebral en el embrión, lo que ocurriría aproximadamente de 40 a 45 días después de la fecundación. Y, finalmente, una última corriente nos dice que la vida humana existe desde el

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 187.

⁴ Ibídem, párrafo 258. La Corte concluye que el objeto y fin del artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos no implica el derecho a la vida como un derecho absoluto, “cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”.

momento en el que el feto tiene una posibilidad razonable de supervivencia fuera del útero materno (*Cfr.* Merlyn, 2011: 15)

En Ecuador, tal como se mencionó al inicio de este capítulo, el artículo 45 de la Constitución reconoce y garantiza la vida desde la concepción, mientras que el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. De ambas normas, podemos concluir que, desde la concepción, el ser humano es titular de derechos y obligaciones.

Pero, ¿qué se entiende por concepción en Ecuador? El Código de la Niñez y Adolescencia, publicado por la Ley No. 100 en el Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003 y en vigencia desde el 3 de julio del mismo año, es la norma que desechó las dudas sobre la titularidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes, fijándola desde su concepción; dejando sin efecto, por derogación tácita, el artículo 60 del Código Civil, que establece que la existencia legal de una persona inicia con el nacimiento, es decir, que solo a partir de ese momento una persona podía ser considerada como un sujeto de derecho. Dicha norma constituye un importante avance jurídico, ya que hasta su aprobación, el concebido gozaba únicamente de una protección legal, mas no era considerado como un sujeto de Derecho.

A manera de conclusión: Sobre la corriente que ha adoptado la legislación ecuatoriana, entendemos que por ser prácticamente imposible determinar el momento exacto en el cual se da la singamia en la fecundación natural, es decir dentro del cuerpo de la mujer y no artificialmente asistida, se puede concluir que el Código de la Niñez y la Adolescencia identifica al término concepción con la fecundación (*Cfr.* Merlyn, 2010: 432).

1.2. La filiación y sus formas de configuración en la legislación ecuatoriana

La palabra filiación se deriva de *filius*, que significa hijo en latín, e implica la relación entre padres e hijos. Es decir, la filiación se refiere al hecho de que una persona sea hijo de otra, que a su vez, es padre o madre de ella (Abeliuk, 2003: 39). Manuel Somarriva, en cambio, la

define como “la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra”.

Al ser la filiación una institución familiar, es estudiada por el Derecho de Familia. Según Julien Bonnecase, dicha rama es la parte del derecho civil “que rige la organización de los miembros de la familia y que define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros” (Parra, 2008: 4).

Por otro lado, Enrique Varsi la define como “la relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo”, y cita a Planiol y Ripert, quienes la definen como la “relación entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra” (Varsi, 2004: 88).

De lo anterior, puedo concluir que la filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con su padre o madre, o con ambos, o con sus padres, o con sus madres; sean estos biológicos o legales.

Si bien nuestra legislación no contempla una definición de la filiación, el artículo 24 del Código Civil, expresa que la misma se establece de tres maneras:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, establece y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

Por lo tanto, en Ecuador, la filiación se configura ipso iure, cuando la concepción del hijo se ha dado dentro del matrimonio o de la unión de hecho; en segundo lugar, por reconocimiento; y, finalmente, por sentencia judicial; las implicaciones, requisitos y particularidades de cada una las analizaré a continuación.

1.2.1. La concepción dentro del matrimonio o dentro de una unión de hecho

Previo al análisis de la configuración de la filiación cuando una persona ha nacido dentro de un matrimonio o de una unión de hecho, cabe describir las definiciones que constan en nuestra legislación para cada institución.

El matrimonio es definido en el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador como “la unión entre hombre y mujer” y, agrega que “se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad”.

Al restringirse el matrimonio para parejas heterosexuales, considero que la Constitución consagra la discriminación contra las parejas del mismo sexo, puesto que elimina la posibilidad de que puedan contraer matrimonio entre sí, a pesar de que la Constitución ecuatoriana consagra el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación⁵; discusión que será tratada en el segundo capítulo de este trabajo.

Dicha definición tiene concordancia con la contenida en el Código Civil, que define al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”⁶. Considero pertinente criticar a esta definición pues no abarca ciertos aspectos de algunos matrimonios, por ejemplo, la de una pareja casada que no puede o no desea concebir hijos (por los motivos que fueren), ni a las parejas casadas en las que una o uno de sus integrantes se encuentra estudiando en el exterior y, por ende, la pareja casada no vive junta y no puede auxiliarse mutuamente.

A diferencia de la nuestra, la constitución española reconoce que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica⁷, sin agregar expresiones como

⁵ Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

⁶ Artículo 81 del Código Civil.

⁷ Art. 32 de la Constitución de España.

“entre sí”, que, evidentemente, excluirían a las parejas del mismo sexo. Esta plena igualdad jurídica garantiza la igualdad entre parejas de distinto sexo y parejas del mismo sexo, y dio paso a la expedición de la Ley 13/2005⁸, por la que se modificó el Código Civil en las normas correspondientes al matrimonio, entendiéndose que todas las referencias a esta institución se entienden aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por personas de distinto sexo. Así, el artículo 44 de dicha norma expresa que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo.

Por otro lado, sobre la unión de hecho, la Constitución ecuatoriana vigente no distingue entre quienes pueden formarla, al establecer que “la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio (...)”⁹. Es decir, no se hace ninguna distinción sobre si la pareja que pretende unirse de hecho debe ser del mismo sexo o de distinto sexo. Esta unión, sin embargo, debe ser de más de dos años¹⁰, y es presumida cuando el hombre y la mujer se han tratado como “marido y mujer” en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos¹¹. Esta última parte de la norma resulta inoficiosa, por cuanto la Carta Magna no exige requisitos respecto del sexo de las personas para que una pareja pueda unirse de hecho. Por lo tanto, se entiende que es presumida cuando

⁸ Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁹ Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁰ Artículo 222 del Código Civil: “Art. 222.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal. La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes”.

¹¹ Art. 223 del Código Civil: “Art. 223.- Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente”.

la pareja o dos personas se han tratado como cónyuges o casados, y así han sido recibidas por su entorno social.

Una vez que hemos revisado en nuestra legislación al matrimonio y a la unión de hecho, cabe estudiar la configuración de la filiación por concepción dentro de cada una. Al efecto, para presumir que la fecha de la concepción de un hijo o una hija se ha dado dentro de un matrimonio o en una unión de hecho, debemos recurrir a lo que nos dice el artículo 233 del Código Civil, que dice lo siguiente:

“El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido”.

En aplicación al artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que la unión de hecho tiene los mismos efectos que el matrimonio, entenderíamos que esta presunción aplicaría para parejas homosexuales. Sin embargo, considero que esta presunción no podría aplicarse para parejas del mismo sexo, pues como se explicó antes, la fecundación implica necesariamente la unión de gametos sexuales masculinos y femeninos, que no es posible entre parejas del mismo sexo.

De dicha norma se colige entonces que, al momento de nacimiento, la pareja heterosexual casada o en unión de hecho debe registrar una unión mínima de seis meses para que pueda considerarse que el hijo o la hija nacida ha sido concebida por ambas personas.

Es importante tomar en cuenta la presunción de la fecha de la concepción, contenida en la norma contenida del artículo 62 del Código Civil:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de cientos ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento

En conclusión, la filiación por concepción dentro de un matrimonio o de una unión de hecho, únicamente es aplicable para parejas heterosexuales, pues la fecundación sólo es posible entre

un hombre y una mujer. Por lo tanto, esta primera figura no permite que se configure la filiación entre un nacido y una pareja del mismo sexo.

1.2.2. Del reconocimiento voluntario

Sobre esta forma de establecer la filiación, podemos decir que el reconocimiento del hijo es el acto unilateral por el cual la madre o el padre o ambos conjuntamente aceptan o confiesan que determinada persona es su hijo (Abeliuk, 2003: 70).

Nuestra legislación lo define como “un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce”¹² (a un hijo o una hija); lo que implica entonces que no puede existir afectación alguna en la manifestación de la voluntad del que reconoce, como tampoco inferencias en el acto de la persona que pretende reconocer a una persona como su hijo o hija.

Más adelante, el artículo 249 *ibídem*, indica que el reconocimiento podrá hacerse: i) por escritura pública, ii) ante un juez y tres testigos; iii) mediante acto testamentario; iv) por la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo; o, v) en el acta matrimonial de ambos padres. Esta norma señala que en caso de que uno de los padres efectúe el reconocimiento, este no podrá expresar “en quien, o de quien hubo el hijo”, es decir, no podrá hacer referencia alguna al otro progenitor.

Cabe agregar que el artículo 66 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación también señala otra forma de realizar el reconocimiento: Por uno de los padres o por ambos, en cualquier momento, ante un Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación de la capital de provincia o de la cabecera cantonal mediante un acta.

En adición, el Código Civil establece que el reconocimiento no sólo ocurre en los casos descritos en su artículo 249, ya referido, sino cuando el padre o la madre confiesan serlo, o

¹² Art. 248 del Código Civil.

cuando estos se allanan a la demanda en juicio de investigación de la paternidad y la maternidad.

De esta manera, existen siete formas en las que, de acuerdo a nuestra legislación, opera la filiación por reconocimiento; y se regula una última posibilidad: el reconocimiento del hijo o de la hija que aún se encuentra en el vientre de la madre. En este caso, los efectos se someterán a lo dispuesto en el artículo 63¹³, es decir, el hijo o la hija entrará en goce de los derechos que le corresponden una vez que haya nacido¹⁴.

Por otro lado, sobre los hijos que han nacido fuera del matrimonio, y por ende fuera de la unión de hecho reconocida legalmente¹⁵, el Código Civil establece la posibilidad de que sean reconocidos por sus padres o por uno de ellos, especificando que gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les hayan reconocido. Entendemos que esta norma contempla la posibilidad de que sea reconocido “por uno de ellos” para el caso de que el reconocimiento de uno de sus progenitores sea posterior a la inscripción del nacimiento.

Por su parte, la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, contiene las normas que materializan el reconocimiento de un hijo o de una hija. La más importante, considero, es la que consta en el artículo 128, que indica que el reconocimiento surtirá efecto únicamente cuando estuviere inscrito.

Más adelante, dicho cuerpo normativo establece que “la declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuere hecha personalmente por el

¹³ Art. 247 del Código Civil.

¹⁴ Art. 63.- Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

¹⁵ El Art. 68 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la unión de hecho generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

padre, o por la madre, o por ambos, o por un mandatario¹⁶. Es decir que cuando una persona o dos personas acuden al Registro Civil, Identificación y Cedulación a “inscribir” a su hijo o hija, en realidad están estableciendo la filiación mediante reconocimiento. Cabe agregar que si el reconocimiento lo realiza una pareja casada, se debe dejar constancia del mismo en el acta respectiva¹⁷.

La figura del reconocimiento parecería atractiva para permitir, una vez que se la desarrolle en ese sentido, que una pareja del mismo sexo acuda al Registro Civil, Identificación y Cedulación para inscribir a una persona como su hija o hijo.

El artículo 34 nos dice que “la declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo”, es decir, una pareja del mismo sexo declararía ante el Registro Civil que la persona cuyo nacimiento están inscribiendo es su hijo o hija, con lo cual, en primera instancia, quedaría configurado el reconocimiento y por ende la filiación.

Sin embargo, la segunda parte de la norma señala “si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos, o por un mandatario”, y es aquí cuando el término “ambos” representa una limitación para una pareja del mismo sexo, pues se entiende que se refiere exclusivamente al padre y a la madre.

Además, en caso de que se permita, a través de la figura del reconocimiento, que una pareja del mismo sexo inscriba a un niño o una niña como su hija, procedería la impugnación de la maternidad o la paternidad, pues, en efecto, no existiría el vínculo genético entre el inscrito y el padre o la madre que lo reconoce, inclusive por el mismo hijo o hija, ya que el reconocimiento podrá ser impugnado por el hijo (notificado con el mismo) en cualquier momento, y también podrá hacerlo cualquier persona que pruebe interés actual en ello, debiendo probarse:

¹⁶ Art. 34 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

¹⁷ Art. 40 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

1. Que el reconocido no ha podido tener por madre a la reconociente, según el Título X¹⁸;
2. Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconociente; según la regla del Art. 62¹⁹; y,
3. Que no se ha hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley.

1.2.3. La filiación por sentencia judicial

Sobre la filiación determinada mediante sentencia por parte de juez competente, considero que no es necesario un análisis extenso puesto que, en resumen se refiere a la declaración judicial de paternidad, investigación de la paternidad y maternidad, y a la maternidad disputada²⁰, instituciones que no influyen en el objeto del estudio de este trabajo, salvo por las menciones que se hagan puntualmente.

1.3. Técnicas de reproducción asistida

Los avances de la ciencia han causado, sin duda alguna, un cambio profundo en la manera “tradicional” de formar una familia. Además, ha desestabilizado los conceptos tradicionales e instituciones jurídicas vinculadas a la familia.

Una de estas instituciones es la filiación. Las técnicas de reproducción asistida no sólo han separado la reproducción humana de la sexualidad, sino que han demandado nuevas estructuras jurídicas para su desarrollo, ya que al existir mecanismos que permiten procrear

¹⁸ En lo esencial, este Título del Código Civil nos dice que la maternidad es el hecho de que una mujer sea la verdadera madre del hijo que pasa por suyo; y puede ser impugnada por la supuesta madre o su marido y los verdaderos padre o madre para reconocer al hijo, toda vez que se pruebe falsedad de parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero.

¹⁹ El artículo 62 del Código Civil hace referencia a la presunción de la época de la concepción, ya explicada.

²⁰ Título IX del Código Civil: De la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad.

sin necesidad del acto sexual, existen nuevas formas de formar una familia así como nuevas formas de familia.

En concreto, las Técnica de Reproducción Asistida, en adelante “TRA”, se pueden definir como “un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo”²¹.

Esta definición, considero, resulta incluyente con todas las personas que deseen acceder a la maternidad /paternidad, pues se refiere a la asistencia que pueden recibir parejas y personas, es decir:

“(…) habilitan paternidades y/maternidades inconcebibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual (Lamm, 2012: 78)”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, además, ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja²².

Por lo tanto, el Derecho debe asumir su contenido y efectos, y, lo más importante, debe establecer la forma en la que se determinará la filiación. A continuación, previo a analizar las implicaciones jurídicas sobre la filiación derivada de las TRA, explicaré brevemente en qué consisten y cuáles son.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 63.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 272.

1.3.1. Breve clasificación y descripción de las Técnicas de Reproducción Asistida

De acuerdo a su complejidad, se las puede clasificar en elementales y complejas. Las primeras son realizadas dentro del cuerpo humano (Estimulación Ovárica e Inseminación Artificial) y, las segundas, a nivel extracorpóreo (Fecundación In Vitro, Transferencia de gametos a la Trompa GIFT, entre otras) (Cfr. Merlyn, 2006 :43).

1.3.1.1. Técnicas Elementales

1.3.1.1.1. Estimulación Ovárica

Consiste en inducir, a través de la administración de fármacos hormonales, a una ovulación múltiple. El tratamiento busca que, durante el mismo ciclo menstrual, varios folículos²³ dentro de cada ovario se desarrollen hasta su madurez completa; a diferencia de lo que sucede en un ciclo menstrual espontáneo, en el cual uno de los muchos folículos que inician su desarrollo alcanza un tamaño mayor y por ende inhibe el crecimiento del resto de los folículos²⁴. Esta técnica es el paso esencial previo a la Inseminación Artificial y la Fecundación In vitro.

1.3.1.1.2. Inseminación Artificial

Esta técnica consiste en el depósito de espermatozoides en el útero a través de una fina cánula que es introducida por la vagina; que son obtenidos por el hombre a través de la masturbación o de coito interrumpido y los entrega al centro médico o profesional que realizará el procedimiento.

²³ El folículo es el saco dentro del ovario que contiene el ovocito u óvulo y donde este se desarrolla.

²⁴ www.institutomarques.com. Consultado el 12 de octubre de 2014, a las 12h15.

Es importante indicar que para procurar el éxito de la técnica, se prepara al semen antes de realizar la inseminación. Esta preparación incluye la eliminación de sustancias y gérmenes que pueden inhibir la fecundación o provocar contracciones uterinas dolorosas (prostaglandinas).

En esta técnica, los espermatozoides pueden ser de la pareja de la inseminada, por lo que la inseminación será homóloga; o pueden provenir de un donante voluntario, por lo que será denominada heteróloga.

1.3.1.2. Técnicas Avanzadas

En las próximas líneas se realizará una descripción resumida de las técnicas avanzadas que son utilizadas con mayor frecuencia. Estas son: Fecundación In vitro (FIV), Inyección Espermática Intracitoplasmática (ICSI) y Transferencia de gametos a la (s) trompa (s) de Falopio (GIFT).

1.3.1.2.1. Fecundación In Vitro (FIV)

Esta técnica es una de las más utilizadas en Reproducción Asistida. Consiste en fecundar, de manera extracorpórea, al ovocito con el espermatozoide. Los gametos sexuales masculinos son obtenidos por el hombre a través de la masturbación o de coito interrumpido, y por su parte, los ovocitos son obtenidos a través de la punción de los ovarios, que llegará hasta los folículos que contienen los ovocitos y por ende los extraerá, lo que puede realizarse por vía vaginal o a través de la pared abdominal.

La fecundación se la realiza en un medio de cultivo y los gametos son incubados a una temperatura determinada hasta el momento en el que se detecte que ha ocurrido la fecundación; verificado esto, se transfiere el óvulo fecundado al útero, que se hace generalmente 2 o 3 días después de la punción en los ovarios.

Por lo tanto, esta técnica se compone de cuatro fases: i) estimulación ovárica; ii) obtención de los ovocitos; iii) fecundación extracorpórea; y, iv) transferencia al útero²⁵.

Al igual que en la Inseminación Artificial, esta técnica puede ser homóloga o heteróloga, dependiendo si el semen es de la pareja o de un tercero donante, respectivamente.

1.3.1.2.2. ICSI (Siglas en inglés de Inyección Espermática Intracitoplasmática)

En este procedimiento se inyecta con una microaguja de vidrio, un espermatozoide dentro del ovocito. Fue inventada para dar solución a la infertilidad que proviene de la incapacidad de los espermatozoides para penetrar al ovocito (*Cfr.* Merlyn, 2006: 51). Sin embargo, esta inyección espermática sólo puede realizarse “cuando los ovocitos son maduros, es decir, cuando están en el momento óptimo para ser fecundados”²⁶. Posteriormente, ocurrida la fecundación al ovocito, se realiza la transferencia del producto al útero de la mujer o a la trompa de Falopio.

1.3.1.2.3. Transferencia de gametos a la (s) trompa (s) de Falopio (GIFT)

Consiste en la transferencia, mediante un catéter, a los espermatozoides y a los ovocitos a una o ambas de las trompas de Falopio, con el fin de que la fecundación ocurra en la trompa como en la reproducción natural no asistida. Esta transferencia se realiza a través de una laparoscopia.

Tal como en la Fecundación In Vitro, el tratamiento inicia con la estimulación ovárica y luego se recolectan los ovocitos a través de la punción, más en la primera se transfiere al óvulo fecundado, mientras que en la GIFT se transfieren los gametos sexuales masculino y femenino²⁷. Otra diferencia radica en que en la GIFT, la fecundación del óvulo ocurre dentro del cuerpo sin que sea necesaria la observación, mientras que en el caso de Fecundación In

²⁵ www.institutomarques.com. Consultado el 12 de octubre de 2014, a las 12h15.

²⁶ www.institutomarques.com. Consultado el 12 de octubre de 2014, a las 14h51.

²⁷ www.fertility-docs.com. Consultado el 12 de octubre de 2014, a las 15h18.

Vitro se confirma visualmente la fecundación antes de que ocurra la transferencia de aquel al útero.

1.3.2. Donación de gametos sexuales y gestación subrogada

En el caso de personas que no tienen óvulos o espermatozoides de calidad suficiente para conseguir un embarazo, o en el caso de que una pareja sea incapaz de procrear con sus ovocitos, o en el caso de que sea una pareja del mismo sexo, existen tres opciones: la donación de ovocitos, la donación de espermatozoides y la donación de óvulos fecundados. La donación de ovocitos es utilizada cuando la paciente no posee óvulos de suficiente calidad para alcanzar un embarazo. La estimulación ovárica y la punción de ovocitos, por ende, se la hará a la persona donante. Una vez que se ha seguido el proceso respectivo para obtenerlos, las TRA son puestas en marcha. En este caso, de las que hemos explicado, la FIV o la GIFT se realizarán con semen de la pareja de la paciente, por lo que en ese sentido la técnica se clasifica como heteróloga. Finalmente, lograda la fecundación del óvulo donado y el espermatozoide de la pareja, se lo transferirá al útero de la paciente.

En segundo lugar, la donación de semen se aplica para mujeres sin pareja, en el caso de que el hombre carezca de espermatozoides o estos no sean aptos para fecundar al óvulo y llegar al embarazo deseado. De igual manera es heteróloga, y, una vez que se obtenga la fecundación del óvulo de la mujer sin pareja o del óvulo de la mujer miembro de una pareja, se hará la transferencia al útero.

Cabe mencionar que la donación de esperma también es la técnica utilizada por las parejas de lesbianas para formar una familia con hijos. De ser el caso, utilizarán los ovocitos de una y será fecundado con el semen del donante y posteriormente transferido, una vez que hayan decidido quien será la gestante.

En tercer lugar, existe la posibilidad de que se transfiera al útero de la mujer un ovocito fecundado, con la precisión de que este se compone de un ovocito y espermatozoide de otras personas. Es la técnica que se recomienda a una pareja que no tiene la capacidad de alcanzar

la fecundación con sus ovocitos y espermatozoides, pero en la que uno de sus miembros sea la persona gestante.

Finalmente, tenemos a la figura denominada gestación subrogada²⁸, que es la técnica mediante la cual, a través de un contrato, una mujer capaz da su consentimiento para llevar a cabo la gestación de un concebido, que deberá ser entregado por esta a los padres que han decidido optar por esta TRA. Es decir, participan los futuros padres y la mujer gestante. Es la opción con la que cuentan quienes biológicamente o por problemas de salud no pueden gestar.

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, subrogar significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Ahora bien, para efectos de esta TRA, entenderíamos que significa sustituir a una mujer por otra, pero para efectos prácticos considero que es más apropiado indicar que la sustitución se da respecto de la gestación, es decir, un cambio (sustitución) respecto de quien lleva la gestación²⁹.

Esta técnica, y la adopción, es la vía para que una pareja gay pueda formar una familia; así, uno de los miembros de la pareja puede aportar con el semen y el ovocito puede ser de la gestante o de una donante, o, ambos gametos sexuales pueden ser donados, pero los miembros de la pareja serán los padres, conforme analizaré con más detalle más adelante.

Ahora bien, para quienes se someten a esta técnica, se les indica que el óvulo fecundado que se implanta en la gestante puede ser el resultado de una Fecundación In Vitro o de una Inseminación Artificial, y los gametos pueden obtenerse: i) de uno de los futuros padres y de un donante; ii) de los dos futuros padres; o, iii) de dos donantes³⁰.

²⁸ También denominada “maternidad subrogada”, “maternidad sustitutiva” o “vientre de alquiler”. Sin embargo, la persona que gesta al concebido no tiene la intención de ser madre, por lo que se convierte en una gestante. De ahí que el término “gestación subrogada” nos parezca más adecuado.

²⁹ La Real Academia de la Lengua Española define gestar como “llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto”.

³⁰ www.gestacionsubrogadaenespana.es. Consultado el 13 de octubre de 2014, a las 21h02.

Para aterrizar esta descripción a lo práctico, entonces, se pueden dar diversos escenarios:

- a) Que la gestante aporte con el ovocito, el cual podrá ser fecundado con la esperma de uno de los miembros de la pareja o de un donante.
- b) Que la pareja aporte con los gametos sexuales y la gestadora sea implantada con ellos y lleve el embarazo.
- c) Que uno o ambos de los gametos sexuales sean aportados por personas ajenas a los futuros padres y la gestadora lleve el embarazo.

Lo descrito anteriormente no excluye al caso de una mujer soltera que no pueda llevar un embarazo en su vientre, y opte por la gestación subrogada. De ser así, entonces interviene un donante de la esperma, ella, como futura madre, y la gestante. Los mismos intervinientes se extienden por tanto para un hombre que tampoco tiene pareja pero desea ser padre.

1.3.3. Las técnicas de reproducción asistida en Ecuador

En Ecuador, no existe una norma que regule expresamente el uso de técnicas de reproducción asistida, a pesar de que existen clínicas de carácter privado que ofrecen sus servicios para llevarlas a cabo por parte de médicos especializados.

Sin embargo, tampoco están prohibidas. El Código de Ética Médica³¹, en su artículo 107 se refiere a la inseminación artificial y el 109 sobre la fecundación in vitro; y establecen que la inseminación artificial sólo podrán realizarla los médicos especialistas toda vez que los cónyuges (ambos) hayan prestado su consentimiento mutuo, y en los casos de que se encuentre comprobado la esterilidad o la impotencia del hombre. La fecundación in vitro, por otro lado, de igual manera la realizarán médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, asimismo, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales.

³¹ Acuerdo Ministerial 14660, publicada en el Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

De lo anterior podemos concluir claramente que únicamente pueden acceder a aquellas técnicas las parejas unidas en matrimonio, y, como revisamos, nuestra Constitución no permite el matrimonio homosexual, por lo que estas parejas, por ley, están prohibidas de recurrir las mismas; prohibición que entonces se extiende a las personas solteras.

Es interesante y cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece el derecho a la vida desde la concepción de los niños, niñas y adolescentes. Esta norma, en su inciso segundo, prohíbe:

“(…) los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”.

Es decir, se abre la puerta para que se practiquen técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando, una vez fecundado el óvulo, no se realice ningún tipo de manipulación hasta el nacimiento.

No obstante, sobre el tema que nos interesa, ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico hace referencia al establecimiento de la filiación en caso de que se recurra a estas técnicas; lo cual es un vacío jurídico que, definitivamente, debe ser corregido, no sólo respecto de las parejas homosexuales sino, para las únicas autorizadas legalmente para utilizarlas, es decir las de distinto sexo y que estén casadas.

A continuación, explicaré cuál es el fundamento para establecer la filiación entre las personas que recurren a las técnicas de reproducción asistida y sus hijos.

1.4. La voluntad procreacional como fuente de filiación

Como lo mencionamos previamente, las TRA causan la separación entre la reproducción humana y la sexualidad. Los efectos de esta posibilidad no sólo son sociales pues se han ampliado las formas de familia, sino que los efectos jurídicos no pueden ni deben ser equiparables a la forma tradicional de reproducción humana, esto es, mediante la relación sexual.

Antes de que existan las TRA, el referente para la reproducción era la procreación natural, mediante el coito. Así, el hombre que dejaba embarazada a una mujer aportaba con el material genético y la mujer gestadora con sus ovocitos. Por lo tanto, el elemento biológico se encontraba unido al elemento genético (Lamm, 2012: 80).

Sin embargo, las TRA plantean que el aporte para la procreación puede ser únicamente genético, cambiando los presupuestos sobre los que tradicionalmente se había apoyado la filiación.

La voluntad procreacional puede definirse como el ánimo o la intención de una persona de procrear, o en su caso, de dejar de hacerlo³². Por lo tanto, se puede distinguir tres elementos: el elemento genético, el elemento biológico y el elemento volitivo.

De esta manera, las Técnicas de Reproducción Asistida permiten que la filiación se determine por la voluntad, ya no por el material genético o biológico. Por ende, cuando en una persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se da prevalencia a este último. Es decir, “la filiación ya no se determina por el elemento biológico o genético, sino por el volitivo” (Lamm, 2012: 81) y sobre la base del consentimiento previamente prestado por las partes (Lamm, 2012: 78). Por lo tanto, los hijos e hijas que hayan sido concebidos mediante aquellas, serán también hijos o hijas de la persona que haya prestado su consentimiento previo, en el que haya expresado su voluntad de procrear. Esto permite que una persona que no tenga vínculo genético con el nacido sea inscrito como su padre o madre.

En conclusión, la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida no se fundamenta en la capacidad reproductiva (elemento biológico), sino en la voluntad (elemento volitivo) (Lamm, 2012: 85). La procreación ya no resulta del encuentro físico sexual, sino de una “elección consciente” (Tamayo, 2013: 5).

³² Lopezcodesalfamilia.blogspot.com. Consultado el 9 de septiembre de 2014, a las 00h50.

Este fundamento es el consagrado en las legislaciones que permiten que una pareja del mismo sexo pueda inscribir a una persona como su hijo y con sus apellidos, ya que la filiación, al ser separada del acto sexual, se configura por la voluntad de quienes desean ser padres, ya no es una "filiación natural" (por no relacionarse con el elemento biológico) sino que se encuentra determinada por la ley. Al efecto, analizaremos la determinación de la filiación en las legislaciones que considero relevantes y nos ayudan a dilucidar el objeto de estudio.

La primera legislación que analizaré es la española, cuyo artículo 8.1. de la Ley 14/2006³³, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece, para el caso de una pareja heterosexual casada, lo siguiente:

"Ni la mujer ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación".

De este artículo podemos analizar algunos aspectos. El primero, que evidentemente regula una TRA heteróloga, pues se refiere a que la fecundación será posible con donación (de un tercero que no forma parte de la pareja) de gametos sexuales. En segundo lugar, que la filiación queda determinada por el consentimiento³⁴, y, finalmente, como consecuencia de lo anterior, que la persona que consintió no podrá impugnar el vínculo filial con el fundamento de que no aportó con material genético. Cabe recalcar que, en este caso, en virtud del vínculo matrimonial debemos recurrir a la presunción de paternidad matrimonial o dentro del matrimonio de acuerdo al artículo 116 del Código Civil español³⁵, pero, el vínculo filial queda determinado por la voluntad, y en caso de que uno de los miembros de pareja pretenda

³³ La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 126, de 27 de mayo de 2006.

³⁴ Este consentimiento debe reunir los requisitos previstos en el artículo 6.3. de la Ley 14/2006, que dice: "Si la mujer estuviera casada, se precisará además el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal". (Lo subrayado no forma parte del texto original)

³⁵ Art. 116 del Código Civil Español: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

su impugnación, se debe atender al documento en el cual conste el consentimiento de quien la pretende.

En lo que nos interesa, dicha ley (Artículo 7.3.) hace referencia al caso de una pareja homosexual casada compuesta por dos mujeres, y establece lo siguiente:

“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

Lo discutible de este artículo es que establece un requisito más complejo para una pareja casada homosexual, imponiendo a una de sus miembros (la que no gesta) la obligación de declarar su consentimiento frente al funcionario referido, lo que resulta en una distinción discriminatoria, ya que en el caso de una pareja casada heterosexual, expuesto previamente, es suficiente que el esposo consienta con la determinación de la paternidad a su favor.

Para efectos de la inscripción del nacimiento, la Ley 20/2011, del Registro Civil³⁶, no contempla expresamente la inscripción de la doble filiación materna, sin embargo, al referirse al orden de los apellidos del nacido utiliza los términos “progenitores” y “padres”.

En el caso de las parejas heterosexuales que no se encuentran casadas, el consentimiento por parte del hombre a la fecundación con contribución de donante no determina la filiación no matrimonial, sino que permite iniciar un trámite ante el Registro Civil, que finalizará con una resolución que declarará la paternidad y se determinará la filiación no matrimonial. Ahora, en la práctica, normalmente se recurre al reconocimiento para determinar la filiación, equiparándolo a un caso de filiación por naturaleza, pero podría proceder una acción de impugnación de paternidad pues en efecto no existe vínculo genético.

Al respecto, sobre la distinción de la filiación matrimonial y no matrimonial, la Ley 20/2011 del Registro Civil, no hace distinción entre estas para efectos de la inscripción, por lo que lo

³⁶ Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil. Publicada en el Boletín Oficial del Estado No. 175, de 22 de julio de 2011.

contemplado por la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que sí distingue entre la filiación matrimonial y no matrimonial, debe ser reformado.

Otra crítica que debe hacerse a la ley 14/2006, es que sobre el acceso a las TRA, se refiere únicamente a la “mujer casada”, es decir que la determinación de filiación en virtud del consentimiento excluye a las parejas conformadas por mujeres no casadas³⁷, lo que no ocurre con las parejas heterosexuales no casadas; incurriendo una vez más en una distinción injustificada y por tanto discriminatoria.

En conclusión, la legislación española no contempla a filiación derivada de las TRA como una forma autónoma de determinar la filiación, sino que su normativa se inclina por la mayoría de legislaciones que establecen que la filiación tiene lugar por naturaleza o por adopción³⁸; empero, ha incorporado al consentimiento a una TRA como habilitante para determinar la filiación. Esto encuentra respaldo en que la revelación de la identidad del donante³⁹, en ningún caso, implica la determinación de filiación entre este y el concebido mediante la técnica de reproducción asistida escogida.

³⁷ El Código Civil de Cataluña, sin embargo, en su artículo 235-13, no requiere de vínculo matrimonial para que el consentimiento determine la filiación, pues su texto establece: “Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”.

³⁸ El artículo 108 del Código Civil español manifiesta: La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

³⁹ El artículo 5.5. contempla la revelación de la identidad del donante “sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales (...), siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá el carácter de restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

A diferencia de la legislación española, la legislación canadiense, en específico el Código Civil de Quebec (provincia de Canadá), sí establece tres tipos de filiación: i) por la sangre, ii) de los niños nacidos de una procreación asistida, y, iii) por adopción⁴⁰.

El artículo 538-3 de dicho cuerpo normativo establece, para los casos de una reproducción asistida realizada por una pareja casada o en unión civil, que el padre del niño nacido será el cónyuge de la mujer que lo ha alumbrado, y, en caso que la pareja sea de sexo femenino, los derechos y obligaciones que la ley otorga al padre serán atribuidos a la madre que no ha alumbrado al niño (Tamayo, 2013: 18).

Esta manera de determinar la filiación, es decir, a favor de la pareja de la mujer gestante, toda vez que haya prestado su consentimiento previo, también se encuentra contemplada en el Reino Unido (art. 43 y 44 de la Human Fertilisation and Embryology Act) y en Bélgica (Loi relative a la procreation medicalelement assistée et à la destination des embryons surnumeraries et des gametes).

Para las parejas conformadas por gays, el tratamiento de la filiación resulta distinto, pues, cuentan con dos opciones: la adopción y la gestación subrogada. Esta última, en realidad, es la única que les permite tener un hijo o hija con sus gametos sexuales, es decir, les permite tener un vínculo genético.

Algunas legislaciones, en especial de países europeos, prohíben la gestación subrogada. Suiza, por ejemplo, la prohíbe en el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal y en el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida tanto a título oneroso como gratuito, y sus efectos son nulos de acuerdo al artículo 20 del Código de Obligaciones. La nulidad del convenio de maternidad subrogada también la aplican España⁴¹ y Francia⁴².

⁴⁰ Cap I: De la filiation per le sang; Cap. I.1: De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée; y Cap. II: De l'adoption.

⁴¹ Art. 10.1. de la Ley 14/2006 de 26 de mayo.

⁴² Art. 16-7 agregado al Código Civil por la Ley 94-653 de 29 de julio de 1994.

Sin embargo, recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Menesson contra Francia* y *Labassee contra Francia*⁴³, obligó al estado francés a inscribir con los apellidos de los padres de los dos matrimonios heterosexuales a dos niñas gemelas y una niña, respectivamente, que nacieron mediante gestación subrogada. En ambos casos las mujeres gestantes fueron implantadas cada una con los embriones del señor Mennesson y del señor Labassee, en California, en el primer caso, y Minnesota, en el segundo. Las decisiones judiciales en ambos casos declararon que los Mennesson y los Labassee eran los padres de las niñas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que si bien respecto de cada una de las familias no existe violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que contempla el derecho al respeto a la vida privada y familiar, sí existe vulneración de dicho artículo en relación a las niñas, por infringir su derecho a la vida privada, invocando el interés superior del niño⁴⁴.

Esta decisión sentó un precedente trascendental en el continente europeo al fallar contra la prohibición de que se establezca un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación subrogada, pues como revisamos previamente, la mayoría de los países aún contemplan restricciones para la práctica de esta técnica de reproducción asistida. Pero este precedente, considero, no debería restringirse a la existencia del vínculo genético del niño o la niña con sus padres, sino que debería ampliarse a cualquier escenario en el cual se recurra a la gestación subrogada, por cuanto no puede negarse que una legislación debe ajustarse a las diversas formas de familia que existen de hecho en la sociedad.

Entonces, ¿cuáles legislaciones tienen un tratamiento favorable para la gestación subrogada? Sin duda, una de las legislaciones más favorables en este sentido es la del estado de California, Estados Unidos, en la cual existen dos tipos de subrogación⁴⁵. La primera, denominada "traditional surrogacy" (subrogación tradicional), implica que la mujer gestante

⁴³ Sentencias de 26 de junio de 2014. *Menesson contra Francia* (Demanda No. 65192/11) y *Labassee contra Francia* (Demanda No. 65941/11)

⁴⁴ Comunicado de Prensa emitido por la Registraduría de la Corte. ECHR 185 (2014). 26 de Junio de 2014. Consultado en www.hudoc.echr.coe.int, el 9 de noviembre de 2014, a las 23h15.

⁴⁵ www.walldlaw.net. Consultado el 8 de noviembre de 2014, a las 12h39.

también aporta con material genética, es decir, concibe a través de inseminación artificial con el espermato del “intended father” (padre intencional). Legalmente, California no ha esclarecido con exactitud esta subrogación, por lo que la mujer gestante podría terminar siendo la madre legal y el padre o los padres intencionales tendrían que adoptar al nacido.

Por otro lado, existe la “gestational surrogacy” (subrogación gestacional), en la cual la mujer gestante no aporta con el material genético, sino que una se realiza una fecundación in vitro con los gametos de la madre intencional o de una donante de óvulos que son fertilizados con el espermato del padre intencional o un donante del mismo, y el embrión es transferido al útero de la gestante.

Los precedentes jurisprudenciales de este estado, afortunadamente han determinado, en lo esencial, que los padres intencionales, relacionados biológicamente o no con el niño o la niña, deben ser declarados como sus padres legales.

Para efectos prácticos, se celebra un contrato con la mujer gestante, y antes de que el bebé nazca se inicia el denominado “Parentage Case” al amparo de la ley denominada Uniform Parentage Act⁴⁶. También denominado “Parentage Action”, “Maternity action” o “Paternity action”, constituye una acción judicial en la cual la corte del estado mediante sentencia, establece la filiación a favor de los padres intencionales⁴⁷ previo al nacimiento del niño o la niña. Posteriormente, se expide la sentencia en la cual se establece la filiación del niño o niña con aquellos y es comunicada al hospital donde nacen, por lo que es inscrito con sus apellidos, sin que en el registro de inscripción se haga mención a la mujer gestante. La gestación subrogada es permitida para familias monoparentales, homosexuales y heterosexuales, sin importar si existe vínculo matrimonial o no⁴⁸.

Por otro lado, vale la pena mencionar al Reino Unido, donde rige la Surrogacy Arrangements Act (1985), modificada posteriormente por la Human Fertilisation and Embriology Act, de

⁴⁶ California Code - Section 7630.

⁴⁷ www.nclrights.org. Consultado el 8 de noviembre de 2014, a las 12h10.

⁴⁸ www.walldlaw.net. Consultado el 8 de noviembre de 2014, a las 12h39.

2008, que contempla la posibilidad de que a través una “parental order”⁴⁹, un niño o niña, una vez que ha nacido, sea declarado hijo o hija de los aplicantes, es decir, puede hacerlo una pareja gay.

En este caso, a diferencia de la legislación californiana, la madre del niño o la niña siempre es la mujer que los gesta o los gestó (dio a luz) “como resultado de la implantación en ella de un embrión o de semen y óvulos”⁵⁰; por lo que se produce una transferencia de la filiación de la gestante a favor de la pareja intencional, que es declarada después del nacimiento del niño o la niña, y, sin importar si la pareja está casada o no, basta que se cumplan los siguientes requisitos:

- La aplicación debe ser solicitada hasta 6 meses después del nacimiento del niño o la niña, contados desde el primer día de su nacimiento.
- Los gametos de al menos uno de los aplicantes ha sido utilizado para llevar a cabo la gestación
- El niño o la niña deben estar viviendo con los aplicantes a la fecha de la aplicación
- Al menos uno de los aplicantes debe estar domiciliado en el Reino Unido y ambos deben haber cumplido 18 años
- La mujer gestante debe consentir en la emisión de la “parental order”
- Que no haya existido ninguna contraprestación económica para llevar a cabo el embarazo

En Sudamérica, es pertinente mencionar el caso de Argentina, que si bien no regula legalmente la gestación subrogada, y tampoco existe una norma general que regule las técnicas de reproducción asistida, cuenta con casos jurisprudenciales en los que se ha determinado a filiación a favor de parejas homosexuales. Al efecto, analizaré en las siguientes líneas al de Tobías Grinblat Dermged, el primer niño inscrito en el Registro Civil de la Ciudad

⁴⁹Human Fertilisation and Embriology Act, - Section 54.

⁵⁰ Human Fertilisation and Embriology Act – Section 33.

Autónoma de Buenos Aires como hijo de dos padres (argentinos)⁵¹ y el primero en el mundo donde la partida de nacimiento fue expedida directamente por un registro civil.

Como antecedente importante, hago referencia a la ley nacional 26.618⁵², que modificó el código civil argentino al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, convirtiéndose en el primer país latinoamericano en autorizar el matrimonio homosexual a nivel nacional. Dicha norma establece, en su artículo 42, que los integrantes de familias conformadas por personas del mismo sexo y de distinto sexo tendrán los mismos derechos y obligaciones. Además, prevé que los hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo llevarán el primer apellido de alguno de ellos⁵³.

Ahora bien, sobre los hechos, cabe mencionar que los argentinos Alejandro Grinblat y Carlos Dermged contrajeron matrimonio en Argentina en el 2011. Decidieron tener un hijo y acudieron a la gestación subrogada en la India. Una mujer canadiense donó su óvulo y Alejandro y Carlos entregaron material genético, sin saber cuál iba a ser utilizado, habiéndose implantado el óvulo fecundado en la gestante de nacionalidad hindú⁵⁴.

La pareja, antes del nacimiento del bebé, recurrió a las autoridades para asegurarse que la filiación sea declarada a su favor, ya que India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio, por lo que, para evitar su apatridia, debía adquirir la nacionalidad argentina por descendencia y así obtener los documentos para su retorno. Además, se debe tomar en cuenta que Argentina, como se hizo referencia, no tiene legislación expresa sobre la gestación subrogada, pero tampoco la prohíbe, lo que implicaba un vacío legal peligroso.

⁵¹ En mayo de 2011, un niño nacido dentro de un matrimonio de dos mujeres fue inscrito por el Registro Civil de Buenos Aires, mediante reconocimiento, sin intervención judicial.

⁵² También denominada Ley de Matrimonio Igualitario, fue publicada en el Boletín Oficial el 22 de julio de 2010.

⁵³ Art. 37, que sustituye el artículo 4 de la Ley 18.248 Nombre las Personas.

⁵⁴ www.archief.rnw.nl. Consultado el 13 de noviembre de 2014, a las 22h30.

El jefe de la Sección Consular de la embajada argentina, comunicó a la pareja el 28 de junio de 2011, lo dispuesto por la Dirección General de Asuntos Jurídicos sobre los nacimientos resultantes de una gestación subrogada indicándoles que no era posible proceder con la inscripción por cuanto en esta debía figurar el nombre de la madre, conforme el artículo 36, inciso c) de la ley 26.413, que establece que la misma debe contener los nombres y apellidos del padre y de la madre, salvo que se trate de un hijo nacido fuera del matrimonio (Art. 38 de la Ley 26.413)⁵⁵.

El cónsul general adjunto del Consulado de Mumbai, afirmó que la única manera de inscribir al niño conforme la solicitud sería con una autorización de juez competente, en la que se ordenara la inscripción, con el fin de otorgarle la nacionalidad argentina.

Por lo tanto, presentaron un recurso de amparo el 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exterior, a través de la Embajada de Argentina en la India, les otorgue la documentación en la cual conste la doble paternidad y así permitir que el niño salga de India; lo que abrió una negociación con el Ministerio demandado, quien expresó que requería de una autorización del Registro Civil de Buenos Aires porque ejercía funciones delegadas de dicha entidad, lo cual fue rechazado por el Registro Civil el 6 de marzo de 2012, al manifestarle que poseía facultades propias y no delegadas para inscribir, entre otros actos, el nacimiento.

Así, el 22 de marzo de 2012, con fundamento en el derecho a la no discriminación por la orientación sexual y el interés superior del niño sobre su derecho a la identidad y en la protección de las relaciones familiares, el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires concedió el amparo⁵⁶, autorizando al Registro del Estado Civil y capacidad de las personas de Buenos Aires a inscribir el nacimiento del niño o de la niña ante la solicitud que formule la embajada argentina en India.

⁵⁵ Lamm, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de www.books.google.com.ec

⁵⁶ Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, Amparo AP/JUR/288/2012.

A pesar del precedente judicial anterior, para facilitar el regreso a Argentina desde India de Tobías, que nació el 29 de junio de 2012, iniciaron otro proceso judicial, y, el 22 de junio de 2012, el Tribunal Contencioso y Tributario de la ciudad de Buenos Aires homologó un acuerdo por el cual ordenó la inscripción del bebé por nacer en Nueva Delhi.

No obstante lo anterior, en Nueva Delhi, el consulado argentino no agilitó la inscripción, por lo que se suscribió un acuerdo entre el subsecretario de Asuntos Internacionales de la Cancillería y el subsecretario de Asuntos Internacionales de la Cancillería, con lo que se logró, finalmente, el 31 de julio de 2012, la inscripción de Tobías en el Registro Civil de Buenos Aires con los apellidos de sus dos papás, sin ningún trámite de adopción ni de registro posterior sobre su filiación.

1.5. Adopción y parejas homosexuales

La adopción es una institución de derecho de familia en la cual una persona (adoptado) adquiere respecto de otra (adoptante) la calidad de hijo o hija, a pesar de que no existan vínculos sanguíneos entre ambas (Varsi, 2004: 205).

En la actualidad⁵⁷, la adopción pretende beneficiar a los niños y niñas mediante el otorgamiento de una familia, tomando en cuenta el interés superior del niño, sin dejar de perseguir su protección y garantizar su crecimiento dentro de una familia⁵⁸.

⁵⁷ En Roma, las figuras *adrogatio* y *adoptio*, se instituyeron con la finalidad de perpetuar su apellido y transmitir su patrimonio. En ambas, el adoptado pasaba a ser hijo y también heredero de quien lo adoptaba. En el caso de la *adrogatio*, una persona adulta independiente quedaba bajo la patria potestad del adoptante, permitiéndole a este continuar con su linaje con la posibilidad de heredar; mientras que en la *adoptio* el adoptado, que se encontraba bajo la patria potestad de un padre, pasaba a estar bajo la patria potestad de uno nuevo.

⁵⁸ La Constitución del Ecuador reconoce, en su artículo 44, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a “ (...) su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar (...).” Revisar también el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo y artículo 21), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 11.2 y 17.1.), y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana

En este sentido, el Código de la Niñez y Adolescencia⁵⁹ establece en el artículo 151 que la adopción “tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva del niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”; es más, la misma norma la reconoce como una medida de protección judicial en favor de los niños, niñas y adolescentes (artículos 215 y 217).

Al igual que en las TRA, la voluntad de querer ser padres o madres se refleja en la figura de la adopción. Entonces, la adopción se asemeja con las técnicas de reproducción asistida porque el vínculo con el adoptado es determinado por la voluntad, pero se diferencian en cuanto en las TRA el consentimiento debe ser prestado previo antes del nacimiento, es decir, la persona nace como consecuencia de la manifestación de la voluntad.

Entonces, la adopción se convierte en un tipo de filiación, pues configura un vínculo jurídico y familiar con el adoptado, “aunque se base en una ficción, toda vez que resulta imprescindible que el adoptivo no sea hijo de sangre del adoptante” (Parra, 2008: 452).

De esta manera, “el Derecho no puede crear unos inexistentes lazos biológicos; lo que sí puede hacer es crear vínculos jurídicos similares a los que existen entre padres e hijos como consecuencia de la relación biológica” (Tamayo, 2013: 34).

Lo anterior da paso a otra diferencia, pues en el caso de la adopción no existe vínculo genético entre el adoptante y el adoptado, lo que no siempre ocurre en la filiación derivada de las TRA.

Asimismo, como se vio, en la adopción, la filiación ocurre con posterioridad al nacimiento del niño o la niña, mientras que en la filiación derivada de las TRA, la persona nace y existe como consecuencia del consentimiento de su (s) padre (s) / madre (s), pues aportaron con el elemento volitivo.

sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” (artículo 16)

⁵⁹ Publicado por Ley No. 100 en el Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.

Otro aspecto fundamental es que, en general, existen dos tipos de adopción: la plena y la simple. En la adopción plena, se constituye una filiación que sustituye a la de origen, es decir, el adoptado deja de pertenecer a su familia original y se extinguen todos los efectos jurídicos con esta. Por su parte, la adopción simple crea un vínculo jurídico únicamente entre el adoptado y el adoptante, y no respecto de la familia de quien adopta, pues la vinculación jurídica del adoptado con su familia de origen continúa para efectos sucesorios y alimentarios⁶⁰.

En adición a lo anterior, también debemos manifestar que la adopción puede ser individual o conjunta. Es individual cuando el que adopta es una persona soltera o cuando el cónyuge o miembro de la pareja adopta al hijo o la hija de su cónyuge o compañero; y, se la denomina conjunta, cuando lo realizan ambos miembros de una pareja, es decir, los cónyuges o los convivientes.

Ahora bien, ya hace bastantes años, diversas legislaciones discutían la posibilidad de aceptar las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo. En Ecuador se dio en el 2008, con la constitución redactada en Montecristi por la Asamblea Constituyente y aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre del mismo año⁶¹. El debate se abrió también a la hora de discutir la posibilidad de que puedan adoptar y constituir una familia. Como expresa Gabriela Espinosa en su artículo de investigación “La Constitución de Montecristi y sus legados religiosos”, la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran formar una familia provocó temor entre los conservadores, que lo veían como libertinaje y un peligro para la sociedad; inclusive hubo quienes opinaron que había que proteger a los “menores” de las parejas homosexuales.

⁶⁰ Bresna, Ingrid. (2005). Las adopciones en México y algo más. Recuperado el 16 de noviembre de 2014, a las 19h37, de www.bibliojuridicas.unam.mx.

⁶¹ La Constitución del Ecuador de 2008 fue redactada por la Asamblea Constituyente entre el 30 de noviembre de 2007 hasta el 24 de julio de 2008. Entró en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008.

De todas maneras, a pesar de que se reconoció la unión libre de cualquier pareja, es decir, sin referencias al sexo de sus integrantes, se prohibió expresamente la adopción para las parejas del mismo sexo (art. 68).

Sin embargo, no todas las legislaciones se muestran restrictivas y, más bien, permiten que todos sus ciudadanos, sin importar su orientación sexual, puedan acceder a la adopción. Es decir, debemos referirnos a la denominada adopción homoparental, que implica que un niño o una niña sean adoptada y, por ende, sea hijo de los dos miembros de una pareja compuesta por dos personas del mismo sexo.

Como revisamos en este capítulo, las parejas homosexuales no pueden reproducirse a través de la relación sexual, por lo que la adopción se presenta como una opción además de las técnicas de reproducción asistida. De ahí la importancia de su reconocimiento en las legislaciones.

En América Latina, Uruguay fue el primer país en expedir una ley que igualó las condiciones para la adopción de niños por parte de matrimonios y uniones de hecho, incluidas las homosexuales y por ende el primero en permitir la adopción a parejas homosexuales. Mediante la Ley 18590, aprobada en septiembre del 2009, se contempló la posibilidad de adoptar para las que no estaban unidas en matrimonio. El artículo 141, literal a), estableció que:

“Nadie puede ser adoptado por más de una persona a no ser por dos cónyuges o concubinos (...).”

De este artículo se desprende que no existen requisitos de sexo para acceder a la adopción conjunta, por lo que una pareja del mismo sexo unida en unión civil puede adoptar en forma conjunta.

En Argentina, una vez que se modificó el Código Civil⁶² y se reconoció al matrimonio entre personas del mismo sexo (convirtiéndose en el primer país de América Latina en hacerlo), también se reconoció el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos para los matrimonios entre personas de distinto sexo.

Por su parte, la legislación española, diferencia la adopción *por* parejas homosexuales y la adopción *en* parejas homosexuales (Cfr. Navas, 2006: 209). Sobre la adopción por parejas homosexuales, se refiere a la adopción conjunta por dos homosexuales casados o no entre sí respecto de un mismo adoptado; mientras que la adopción en parejas homosexuales, se da cuando una sola persona de la pareja adopta los hijos "naturales" del otro, es decir la adopción individual⁶³.

El código civil español admite la adopción conjunta para los adoptantes toda vez que sean cónyuges, sean homosexuales o heterosexuales, y para las parejas heterosexuales que convivan con carácter estable⁶⁴. Sin embargo, las comunidades autónomas de Navarra, País Vasco, Cantabria, Cataluña y Aragón permiten que las parejas de hecho homosexuales adopten⁶⁵.

Cabe mencionar que existen países que también permiten la adopción por parte de uno de los miembros de una pareja del mismo sexo de los hijos de su cónyuge conviviente, como ocurre en Alemania, Estados Unidos, Finlandia y Austria.

⁶² Ley 26.618, publicada en el Boletín Oficial el 22 de julio de 2010.

⁶³ Artículos 175.4 y 178.2 del Código Civil. Cabe señalar que sólo se admite la adopción conjunta cuando los adoptantes son cónyuges (sean homosexuales o heterosexuales) o parejas heterosexuales que conviva maritalmente con carácter estable.

⁶⁵ Navarra: Artículo 8 de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio de 2000; País Vasco: Artículo 8 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo de 2003; Cantabria: Art. 11.2. de la Ley 1/2005, de 16 de mayo de 2005; Cataluña: La Llei catalana 3/2005, de 16 de mayo de 2005; Aragón: artículo 10 de la ley de Aragón 6/1999, de 26 de marzo de 1999, modificada por ley de 12 de mayo de 2004.

Lo importante de lo revisado anteriormente, es que podemos concluir que a través de los mecanismos regulados en la legislación, se crea el vínculo de la filiación entre el adoptado y dos personas del mismo sexo, por lo que “el adoptado no tiene un padre y una madre, sino que tiene dos padres o dos madres” (Navas, 2006: 211).

CAPÍTULO II: DERECHOS Y PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN LA INSCRIPCIÓN DE UN HIJO O DE UNA HIJA CON LOS APELLIDOS DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL

2.1. Consideraciones generales sobre la homosexualidad

En este segundo capítulo, considero importante delimitar el campo de estudio del presente trabajo, restringiéndolo al marco normativo que permite que las parejas lesbianas y gays puedan inscribir a un hijo o una hija con sus apellidos.

Etimológicamente, el término homosexual proviene de las raíces griegas *homo* y latina *sexus*. La primera, se refiere a algo igual o semejante, y, la traducción de la segunda es sexo, por lo que su traducción etimológica es "mismo sexo".

La Real Academia de la Lengua Española define a la homosexualidad como "la inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo". En este sentido coincide Byron Fone, quien dice que la palabra homosexualidad "describe el deseo o las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo" (Fone, 2000: 18). Como vemos, ambas definiciones hacen referencia al término *sexo*, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su estudio "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes" de 2012, explica que la atracción ocurre respecto de otra persona del mismo *género*, como detallaré en el siguiente punto de este capítulo.

El término homosexual fue utilizado por primera vez en 1868 por el periodista Karl Maria Kertbeny⁶⁶, en una carta enviada al sexólogo Karl Heinrich Ulrichs, volviéndolo a usar en 1869 en un folleto anónimo que expresaba su oposición a la ley de Prusia que castigaba la homosexualidad (Cfr. Fone, 2000: 18), pero su popularidad arriba en la década de 1920, seguida de "heterosexualidad" en la década siguiente.

⁶⁶ (1824-1882) Fue un periodista austro-húngaro que defendió los derechos de los homosexuales.

Ahora, a pesar de que la homosexualidad ha sido común en la historia de la humanidad, ésta ha sido acompañada por el rechazo social. Byron Fone, nos dice que popularmente se conoce a la homofobia como “temor y desagrado por la homosexualidad y por aquellos que la practican” (Fone, 2000: 20)

Este temor, continúa el autor precitado, tiene fundamento en la idea de que los homosexuales y la homosexualidad alteran el orden sexual y de los géneros “que supuestamente creó lo que se suele llamar la ley natural” (Fone, 2000: 20), y en el temor de que se alteren los distintos elementos de una estructura social, como la ley, la política y la moralidad (*Cfr.* Fone, 2000: 20).

Con el objetivo de combatir la homofobia, visibilizar su condición y exigir la igualdad de derechos, entraron en la esfera pública varios movimientos homosexuales a finales de la década del 60. Los más trascendentes surgieron en Nueva York y en Buenos Aires.

En Nueva York, el 27 de junio de 1969, la policía invadió el bar Stonewall Inn, lo que ocasionó la resistencia de un grupo de gays que duró tres días, y se convirtió en el ícono del movimiento homosexual a nivel mundial. A partir del siguiente año, para celebrar esa resistencia, empezó a celebrarse la marcha del Orgullo Gay en la calle Christopher, donde se encontraba el referido bar. A partir de aquel, ahora se celebran en numerosas ciudades del mundo desfiles con la misma consigna, entre estas, en Quito.

En Argentina, en 1967, surgió el primer grupo constituido públicamente con una orientación homosexual, denominado “Nuestro Mundo”, que posteriormente dio lugar al Frente de Liberación Homosexual (FLH), que se dedicó a una activismo fuerte, y que en 1973 publicó la revista “SOMOS”, la primera homosexual de América Latina. También en Brasil, Colombia y México surgieron varias organizaciones que buscaban concientizar a la sociedad sobre la homosexualidad.

Pero talvez uno de los logros más importantes de aquella lucha fue en 1973, cuando la American Psychiatric Association (Asociación Americana de Psiquiatría) eliminó a la homosexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales como categoría diagnóstica y emitió una publicación oficial llamada “Position Statement on

Homosexuality and Civil Rights”⁶⁷, en la cual condenó todo tipo de discriminación, pública o privada, contra los homosexuales, y manifestó su apoyo a la promulgación de leyes que pudieran ofrecerles la misma protección que a los demás.

En enero de 1975, la American Psychological Association (Asociación Americana de Psicología)⁶⁸ apoyó la resolución tomada por la American Psychiatric Association de 1973 y manifestó que la homosexualidad no implica deficiencia en el juicio, estabilidad, confiabilidad o capacidades sociales generales y vocacionales, e hizo un llamamiento a los psicólogos para remover el estigma de enfermedad mental que por mucho tiempo se ha asociado con las orientaciones homosexuales.

De este modo, la homosexualidad pasó de ser una “enfermedad” a ser parte importante de la identidad y de la personalidad, lo que permitió que en la década de los 80 el movimiento homosexual tome fuerza y en la década de los 90 se impuso la tendencia de dejar el término homosexual a un lado y reivindicar gay y lesbiana, y luego travesti, transexual, bisexual e intersexual.

Pero no fue sino hasta el 17 de mayo de 1990, casi dos décadas más tarde, que la Organización Mundial de la Salud retiró a la homosexualidad del manual de Clasificación Internacional de Enfermedades como una enfermedad mental, lo que tuvo repercusión en todos los países que acogen sus recomendaciones. Esto originó que el Comité IDAHO (por sus siglas en inglés: International Day Against Homophobia) lance al 17 de mayo de 1990 como el Día Internacional contra la Homofobia, que ha sido acogido oficialmente por algunos países como Francia y España.

Como vemos, hace un poco más de veinte años, las personas homosexuales eran consideradas como enfermos mentales, pero la eliminación de su orientación sexual como enfermedad no ha eliminado la discriminación y rechazo a la que aún están expuestos; por lo que uno de los objetivos de este trabajo, del activismo, de la visibilización de los movimientos

⁶⁷ Aprobada por su Board of Trustees (Consejo de Administración) el 15 de diciembre de 1973.

⁶⁸ Su declaración se denominó “American Psychological Association Lesbian, Gay, and Bisexual Concerns Policy Statements”, y fue adoptada por su Consejo de Representantes (Council of Representatives). Disponible en www.apa.org/about/policy/booklet.pdf.

homosexuales y de algunos políticos, es evidenciar que los derechos de las personas no pueden restringirse, bajo ninguna circunstancia, por el prejuicio y el odio disfrazado de “convicciones”, “valores” o “lo que es natural”.

Los derechos no pueden ser un privilegio exclusivo de las personas heterosexuales, pues corresponden a cada una de las personas que forman parte de nuestra sociedad, sin discriminación alguna.

2.1.1. La importancia de los términos: Sexo y género. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

Empezaremos distinguiendo entre sexo y género, la orientación sexual, identidad de género y expresión de género, y, más adelante, brevemente la homosexualidad. El fin de realizar estas distinciones es entender el contenido de las categorías prohibidas de discriminación que existen en nuestra Constitución e instrumentos internacionales.

De acuerdo al estudio “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes”, elaborado en el 2012 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹, el término *sexo* constituye “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”; mientras que *género* hace referencia a “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”⁷⁰. Es decir, la sociedad le da el contenido a las características biológicas que diferencian a hombres y mujeres.

⁶⁹ La CIDH aclara que no pretende “acuñar definiciones propias, establecer categorías propias, establecer categorías cerradas ni fijar límites entre distintas personas con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, o pretender que alguna definición o categorización tiene aceptación o uso universales”.

⁷⁰ Este concepto fue dado por el Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Por otro lado, no debemos confundir el género con la identidad de género y la expresión de género. Según los Principios de Yogyakarta⁷¹, la *identidad de género* es la “vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo” (modificaciones corporales, vestimenta, modos de hablar, entre otros).

El estudio ya referido, nos dice que la *expresión de género*, en cambio, se refiere a la “manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar” a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”; es decir, la expresión de género constituye la manera en la que una persona muestra al exterior su identidad de género.

La *orientación sexual* puede definirse como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad (sic) mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”⁷². En este sentido, enfocándonos en el sexo de la persona por la que otra se siente atraída, podemos distinguir entre la heterosexualidad (la atracción ocurre respecto de una persona del sexo contrario), homosexualidad (la atracción se da por personas del mismo sexo) y la bisexualidad (la atracción es hacia personas de un sexo diferente y del mismo sexo).

2.1.2. La homosexualidad en Ecuador

En nuestro país, lamentablemente, hasta 1997, la homosexualidad era considerada como un delito. El inciso primero del artículo 516 del Código Penal establecía:

⁷¹ Los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, más conocidos como Principios de Yogyakarta, fueron redactados en 2006 en Yogyakarta, Indonesia, por activistas, profesores de Derecho y magistrados, así como relatores y miembros de comités de la ONU. Su difusión inició en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Cabe mencionar que no tienen carácter vinculante para ningún Estado.

⁷² Principios de Yogyakarta, ver cita 3.

“En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años”

Fue en ese año, que la detención masiva de cien homosexuales en Cuenca provocó que organizaciones de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y, de derechos humanos, presenten ante el entonces Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra aquel artículo (Salgado, 2004: 1).

La demanda fue aceptada parcialmente y se declaró la inconstitucionalidad del inciso precitado, lo cual constituyó una victoria a medias para los homosexuales, pues continuó en vigencia el resto del artículo que tipificaba el homosexualismo cometido por el padre u otro ascendiente así como por “ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas en su dirección o cuidado”; a pesar de que la violación, como “el acceso carnal con persona de uno u otro sexo (...)”, se encontraba ya tipificada.

Además, la resolución del Tribunal Constitucional⁷³, no fundamentó su decisión en el derecho a la igualdad y en la protección de los derechos de las personas, sino en argumentos homofóbicos tales como que los derechos de los homosexuales “gozan de protección, siempre que en la exteriorización de su conducta no lesionen derechos de otros, tal como ocurre con todas las demás personas”, o que “si bien no debe ser una conducta jurídicamente punible, la protección de la familia y de los menores, exige que no sea una conducta socialmente exaltable”, o el más controversial, que indicaba que recluir a personas homosexuales “crea un ambiente propicio para el desarrollo de esta disfunción” (al referirse a la homosexualidad).

Con este antecedente, por primera vez en una Carta Magna (Constitución Política del Ecuador de 1998) se incluyó a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación. Pero, en definitiva, la Asamblea Constituyente instalada en Montecristi el 30 de noviembre de 2007⁷⁴ fue la plataforma, también política, para que los derechos de los

⁷³ Resolución No. 106-1-97, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 203, de 27 de noviembre de 1997.

⁷⁴ Se llamó a una consulta popular para decidir la instalación de una Asamblea Constituyente con plenos poderes, que fue aprobada por amplia mayoría el 1 de marzo de 2007, y, posteriormente, el 30 de noviembre de 2007 se instaló la Asamblea Constituyente en Montecristi. Este llamamiento a la consulta popular fue el primer acto de gobierno de Rafael Correal Delgado, elegido como

homosexuales sean discutidos, esencialmente, la posibilidad de que pudieran contraer matrimonio entre sí.

Sin embargo, la discusión de ese punto, del aborto y de la inclusión de Dios en el preámbulo de la nueva Carta Magna, se basó en la defensa de argumentos religiosos, que pueden ser resumidos en tres puntos, a los que se suma el argumento jurídico (fueron poco mencionados y analizados los derechos contenidos en tratados internacionales): 1) por cuanto la mayoría de la población ecuatoriana es católica, los valores católicos debían ser considerados en la Constitución; 2) se utilizó a la Biblia como fuente de Derecho, pues los asambleístas pretendieron dotar de normatividad jurídica a los mandatos religiosos; y, 3) el matrimonio debe ser entre hombre y mujer, pues sólo a través de esta unión la procreación es posible (*Cfr.* Espinoza, 2014: 170).

Los asambleístas que pretendían la aprobación del matrimonio o la unión de hecho para cualquier tipo de parejas se fundamentaban en el carácter laico del Estado para demostrar que “los derechos debían ser concebidos y ejercidos sin la mediación de interpretaciones religiosas” (Espinoza, 2014: 171).

El debate sobre el matrimonio homosexual inició en la discusión de los derechos sexuales, pues el artículo propuesto reconocía el derecho a tomar decisiones “libres e informadas y responsables sobre su sexualidad y vida sexual, incluida la identidad sexual, la identidad de género y la orientación sexual”.

Finalmente, luego de una reconsideración que fue aceptada por los asambleístas se definió al matrimonio como “la unión entre hombre y mujer”, que posteriormente se aprobó también en el referéndum.

Así, la Constitución de 2008 fue la que por fin contempló el reconocimiento de la unión de hecho de parejas homosexuales, pues al describirla, en su artículo 68, no establece ningún requisito de sexo para la pareja que la llegara a conformar, sino que se refiere a “la unión

Presidente de la República en las elecciones presidenciales del 2006 y posesionado en su cargo el 15 de enero de 2007 (primer mandato).

estable y monogámica entre dos personas (...)", otorgándoles los mismos derechos y obligaciones que a las parejas unidas por matrimonio.

A pesar de que lo anterior significó un avance importante, continúa una fuerte exigencia social de que se les dé tratamiento jurídico a la discriminación que existe contra las personas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales transexuales e intersexuales) en nuestro país.

En Ecuador, las cifras arrojadas en el 2013 sobre la población LGBTI, no son alentadoras. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), el 70,9% de los entrevistados expresaron haber vivido alguna experiencia de discriminación en el entorno familiar, mientras que el mayor porcentaje de discriminación (55,8%) y violencia (65,6%) toman lugar en espacios públicos, y, la exclusión (71,4%), en espacios privados.

La discriminación, considero, se extiende al ámbito jurídico, en cuanto al ejercicio de los derechos de las personas LGBTI, por ejemplo, cuando pretenden contraer matrimonio, adoptar un niño o una niña para formar una familia, o, cuando se niega la inscripción de una persona como hijo o hija con los apellidos de una pareja del mismo sexo, como sucedió con la pareja de lesbianas británicas Helen Bicknell y Nicola Rothon, quienes acudieron al Registro Civil, Identificación y Cedulación de Quito a inscribir a su hija, Satya, cuya solicitud fue rechazada.

Sin embargo, la discriminación puede y debe encontrar su corrección en las normas que nuestra Constitución y los instrumentos internacionales establecen sobre la igualdad y no discriminación y otros principios y derechos, que conforme lo estudiaré en este capítulo, ofrecen la solución jurídica para que una pareja homosexual pueda inscribir a un hijo o una hija con sus apellidos.

2.2. Derechos y principios que permiten la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de una pareja homosexual

2.2.1. El principio de igualdad y no discriminación

La igualdad puede entenderse como un valor y un principio ético, lo que implica que hace referencia “no a la realidad empírica, sino a lo que debe ser” (Fernández, 2003: 18). Las personas, entonces, sean cuales sean sus características, deben ser tratadas como iguales, esto, en razón de que todos somos parte de la misma especie, la humana.

Así, hablar de la igualdad de todas las personas, significa que “todos son iguales en cuanto seres humanos, e iguales en dignidad” (Fernández, 2003: 20) sin que deba dejarse de lado las diferencias que existen respecto de cada persona, ni equivocarla con la identidad.

Al respecto, Ferrajoli nos dice que las diferencias existentes entre las personas no deben ser confundidas con las desigualdades. Las primeras consisten en los elementos que individualizan y forman la identidad de cada persona, como el sexo, la religión, la lengua, la orientación sexual, y se encuentran protegidos por los derechos fundamentales⁷⁵ (Cfr. Ferrajoli, 2009: 82).

Las desigualdades, por otro lado, económicas o sociales, se refieren a las “disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción” (Ferrajoli, 2009: 82).

Norberto Bobbio, señala que la igualdad, como “valor supremo de una convivencia ordenada, feliz y civil, y por consiguiente, de una parte, como aspiración perenne de los hombres que viven en sociedad”, y como “uno de los valores fundamentales en los que las filosofías y las ideologías políticas de todos los tiempos se han inspirado” (Bobbio, 1993: 53), muchas veces es asociada con la libertad.

Al respecto, coincido con este autor en resaltar la relación política-ideológica entre ambos términos en cuanto el contenido emotivo de lo que socialmente se desea, y que debe quedar

⁷⁵ El autor referido, en Derechos y garantías. La Ley del más débil, define formalmente a los derechos fundamentales como los “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

claro que la libertad es un atributo de una persona vinculada a varios aspectos (como su voluntad), y que la igualdad es un valor de una persona en cuanto pertenece a la humanidad, es decir, tiene que ver con la relación que existe entre aquella y las demás personas que conforman un todo⁷⁶.

Así, la igualdad como valor exige tratar a todos los seres humanos al mismo nivel por el hecho de ser tales, sin que constituya una oposición a las diferencias, pues, al contrario, la igualdad admite que aquellas son intrínsecas en cada persona. La igualdad se opone a las desigualdades, mas no a las diferencias.

La igualdad como principio no es contemporánea, es una máxima que ha estado presente desde tiempos antiguos, y se refiere, esencialmente, a que todas las personas son iguales frente a la ley o, como diría Bobbio (*Cfr.* Bobbio, 1993: 71) que hace referencia al concepto de isonomía, de origen griego, que no es otra cosa que la ley es igual para todos; lo que, en conclusión implica que no deben existir discriminaciones arbitrarias (sin justificación).

La igualdad frente a ley, cabe recordar, es el resultado de las revoluciones liberales frente a los abusos y privilegios del Antiguo Régimen, es decir, de las revoluciones burguesa francesa de 1789 y la norteamericana de 1776 (*Cfr.* Huertas, Bacaraldo, Eliseo, Pinzón, & Peña, 2008: 35).

El artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 estableció, por primera vez, el principio de igualdad ante la ley:

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”.

⁷⁶ Bobbio nos dice que el atributo de la igualdad no sólo se refiere a una cualidad de la persona, sino a un cierto tipo de relación entre los entes que forman parte de la humanidad. Para un mejor entendimiento, señala que para que la igualdad tenga significado en el lenguaje político se debe responder a dos preguntas: “ ¿Igualdad entre quiénes? e “ ¿Igualdad en qué?”.

Me parece importante resaltar que la igualdad ante la ley atravesó diversos momentos históricos hasta llegar a la “igualdad en el contenido de la ley” (Fernández, 2003: 59), que exige el legislador respete el principio de igualdad. En un primer momento, suponía el rechazo de los privilegios, inmunidades y exenciones del Antiguo Régimen y exigía la generalidad de las leyes, es decir, que todos los ciudadanos estuvieran sometidos a las mismas normas y tribunales. En segundo lugar, se erigió como una exigencia de igualdad en la aplicación de normas generales sin que se hicieran excepciones respecto de las personas. Y, finalmente, se consolidó la exigencia de que el legislador respete el principio de igualdad en el contenido de las normas, lo que no ocurría en virtud de la primacía en los estados liberales de la falta de control de constitucionalidad de las leyes (característica de los estados constitucionales posteriores).

Ahora bien, Bobbio diferencia el principio de igualdad frente a la ley, la igualdad de derecho, la igualdad en los derechos y la igualdad jurídica, lo que considero puede coadyuvar en una mejor comprensión de la igualdad (Cfr. Bobbio, 1993: 75).

Como se mencionó, la igualdad frente a la ley es la eliminación de toda discriminación no justificada. El autor referido menciona que este principio tiene como objetivo el estado de órdenes o de castas, es decir, aquel en el cual sus ciudadanos se dividen en categorías jurídicas, las que conllevan a la jerarquización de los mismos, de ahí que unos sean superiores que otros y por ende tengan privilegios que los inferiores no.

La igualdad de derecho se contrapone a la igualdad de hecho, que casi siempre se refiere a la confrontación entre la igualdad formal y la igualdad sustancial o material, que desarrollaré más adelante. La igualdad en los derechos, por otra parte, apunta a que los ciudadanos gocen por igual de los derechos fundamentales que se encuentran garantizados en una constitución.

Por último, la igualdad jurídica se refiere a la igualdad en el atributo, que hace que las personas sean consideradas como sujetos dotados de capacidad jurídica: el fin de la igualdad jurídica es la sociedad esclavista, en la cual no todos sus miembros son considerados como personas jurídicas.

Ferrajoli, a diferencia de Bobbio, nos dice que la igualdad jurídica es la igualdad *en derechos*, es decir, la igualdad en la titularidad de los derechos fundamentales. Y, en seguida, menciona

que la desigualdad jurídica (desigualdad *en derechos*) es la desigualdad en la titularidad de los derechos que pertenecen a cada persona en su medida y que excluyen a otros, como los patrimoniales (Ferrajoli, 2009: 81).

Entonces, concluye, la igualdad jurídica es “un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley” (Ferrajoli, 2009: 81).

Analizado lo anterior, me permito concluir que la igualdad es un principio que prohíbe la exclusión sin justificación de las personas del alcance de las normas y ordena que los poderes públicos no actúen en contra de este principio.

La no discriminación, por su parte, es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos, y prohíbe la discriminación basada en diversas categorías, como el sexo, la raza y otros que analizaré posteriormente, y se complementa con el principio de igualdad. Así como la igualdad, la prohibición de discriminación ha sido comprendida como un principio y como un derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el Principio de Igualdad y No Discriminación, haciendo énfasis en que existe un vínculo indisoluble entre este y la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos⁷⁷.

Asimismo, ha entendido lo siguiente:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial con la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”⁷⁸.

⁷⁷ Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 85.

⁷⁸ Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, párr. 54.

Es importante resaltar que lo que le confiere un contenido sustancial a la igualdad es que todos los seres humanos poseemos igual dignidad, creencia que constituye el “origen y fundamento de la idea de derechos humanos como derechos universales”⁷⁹ (Fernández, 2003: 18).

Lo anterior se refleja en el reconocimiento de la dignidad como inherente a todas las personas, no sólo en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁸⁰ sino en el ordenamiento interno de los estados.

El Principio de Igualdad y No Discriminación se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales como en los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 2 y 7), Carta de la OEA (artículo 3.1.), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2. y 3), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26), entre otros.

Finalmente, es importante mencionar que este principio forma parte del *jus cogens*, ya que constituye el fundamento de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, pues se aplica en todos los estados sin que importe su pertenencia o no a un tratado determinado, y, además, genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Los estados no pueden actuar en desconocimiento de este principio, siendo que en la actualidad resulta inadmisibile que cualquier acto jurídico lo contradiga⁸¹.

⁷⁹ La universalidad de los derechos humanos supone la igualdad de todas las personas en la titularidad de tales derechos.

⁸⁰ Carta de las Naciones Unidas (Preámbulo); Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 11); Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Preámbulo y Art. 10 expresamente); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Preámbulo).

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafos 100 y 101.

2.2.2. La igualdad y no discriminación en la Constitución de la República del Ecuador

Una vez que he expuesto de manera resumida al principio de igualdad y no discriminación, cabe referirnos a su contenido en nuestra norma suprema⁸².

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 es singular en el tratamiento de la igualdad y no discriminación, pues lo establece como un principio de aplicación de los derechos y como un derecho⁸³. Analizaré en este orden lo indicado.

Ahora bien, la igualdad ante la ley como un principio de aplicación de los derechos⁸⁴, se encuentra recogido en el artículo 11, numeral 2, de la Carta Magna:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

[...]

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

⁸² Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁸³ Sobre los conceptos de principio y derecho, considero pertinente realizar una diferenciación. Robert Alexy indica que los principios son mandatos de optimización. Este concepto tiene dos planteamientos: el primero, que por ser mandatos los principios constituyen normas jurídicas que deben ser aplicadas, y, el segundo, que están dirigidos a cambiar el sistema jurídico y la realidad. (Cf. Ávila Santamaría, 2012: 63). Ramiro Ávila (Ávila Santamaría, 2012: 63 y ss) expresa que el principio es una norma ambigua (ofrece parámetros de comprensión y no ofrece hipótesis de hecho ni determina obligaciones ni soluciones), general (rige para todas las personas) y abstracta (no es concreta, sirve como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica o situación de hecho). El mismo autor, por otro lado, sobre los derechos subjetivos, nos dice que según Ferrajoli “un derecho subjetivo es una condición prevista por la una norma jurídica positiva que sirve de presupuesto para ser titular de situaciones o autor de actos” (Ávila Santamaría, 2012; 114).

⁸⁴ Ramiro Ávila sostiene que los principios de aplicación “son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos” (Ávila Santamaría, 2012: 66).

Este artículo es interesante porque incorpora las “razones” por las que nadie puede ser discriminado: idioma, religión, sexo, portar VIH, entre otras. Agrega que “ni por cualquier otra distinción que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”, y establece que “la ley sancionará toda forma de discriminación”

Las discriminaciones, dice Ferrajoli, constituyen desigualdades antijurídicas, ya que implican el “desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas” por el principio normativo de igualdad (Ferrajoli, 2009: 83).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, tomando como base las definiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, definió a la discriminación como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁸⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha pronunciado sobre el término discriminación, estableciendo que en virtud del reconocimiento de la igualdad ante la ley se encuentra prohibido todo tratamiento discriminatorio⁸⁶.

Asimismo, estableció la diferencia entre los términos discriminación y distinción⁸⁷. La discriminación, dice, se refiere a “toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”, es decir, que en efecto viole los derechos humanos, mientras que el término distinción debe utilizarse para lo admisible, por ser razonable, proporcional y objetivo.

⁸⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, párrafo 7.

⁸⁶ Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18/03, párrafo 84.

Entonces, las diferencias de trato basadas en una categoría prohibida se consideran discriminatorias, salvo que un estado demuestre que existe una justificación razonable, proporcional y objetiva para la diferencia de trato.

La discriminación, en su sentido genérico es el utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 23 de julio de 1968 resolvió que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁸ “no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades conocidos, sino sólo aquellas distinciones que carezcan de justificación objetiva” (Fernández, 2003: 73).

Según nuestra Constitución, para que se configure una discriminación por cualquier otra “distinción”, esta debe tener como fin o consecuencia menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos; pues como indiqué, no toda distinción implica discriminación. Considero que para evitar confusiones, se pudo haber incluido en nuestra Constitución la siguiente fórmula “ni por cualquier otra *razón* que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.

Por último, dicha norma ordena que el Estado deberá adoptar medidas de acción afirmativa⁸⁹ que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

La Constitución, entre los derechos de libertad⁹⁰, reconoce y garantiza a las personas, en el numeral 4 del artículo 66, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y la no

⁸⁸ Artículo 14. Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁸⁹ Judith Salgado, en su artículo “*Género y derechos humanos*” las define como “medidas de carácter temporal que, ante la existencia de desigualdades históricas, aplica medidas que buscan acelerar el ejercicio de igualdad efectiva. Un ejemplo de acciones afirmativas son las cuotas de participación política para mujeres, los cupos para minorías étnicas en instituciones educativas, los porcentajes exigidos de contratación a personas con discapacidades, etc.” (Salgado, 2006: 172).

⁹⁰ Ramiro Ávila, en su obra “*Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*”, dice que los derechos de libertad corresponden a los derechos civiles, propios de las conquistas del constitucionalismo clásico, entre estos, el derecho a la igualdad formal (Cfr. Ávila Santamaría, 2012: 106), siendo que, el artículo citado incluye a la igualdad sustancial y no discriminación.

discriminación. De esta norma, podemos identificar tres elementos para comprender integralmente el alcance de la igualdad como derecho.

La igualdad formal o igualdad ante la ley, implica que todas las personas, no sólo ante la ley sino ante el sistema jurídico, “deben ser tratadas de igual manera” (Avila, 2012: 72). Es decir, un “igual tratamiento de la ley, la generalidad de su aplicación y una protección igual de la ley a todas las personas” (Salgado, 2013: 72). La igualdad formal se resume en el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley.

El principio de igualdad material se plantea en el Estado Social de Derecho como una reinterpretación del principio de igualdad formal. La igualdad material corresponde a la igualdad en la vida de las personas, pues es un hecho que existen diferencias sociales y económicas entre las mismas, lo que exige no solamente que el estado dicte normas que no discriminen, “sino que ha de adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos” (Carmona, 1994: 271).

Finalmente, la no discriminación, que podría entenderse como una consecuencia del principio de igualdad ante la ley, también es considerada como un derecho. Me atrevo a concluir, basándome en el concepto de discriminación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya citado, que la no discriminación como derecho implica que los poderes públicos y los particulares deben abstenerse de configurar alguna exclusión, restricción o privilegio, que no sea objetivo y razonable, que viole los derechos humanos de una persona.

2.2.3. La orientación sexual como categoría prohibida de discriminación

Como expuse en el numeral 1.1. de este capítulo, la primera vez que una constitución ecuatoriana incluyó a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación fue en la de 1998, lo que fue ratificado en la de 2008.

También expuse el concepto de orientación sexual como la capacidad de una persona de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo diferente al suyo, o de

su mismo sexo, o de más de un sexo, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas.

Pero, ¿qué son las categorías prohibidas? En primer lugar, debemos tomar en cuenta que “reflejan preocupaciones de movimientos sociales que se visibilizan para ser protegidos y que históricamente han sido discriminados” (Avila, 2012: 73), como ha ocurrido y ocurre con los homosexuales.

Por lo general, los factores prohibidos de discriminación se refieren a motivos que no pueden ser modificados por la voluntad de una persona, como el color o a factores históricos relacionados con prácticas discriminatorias históricas, como el origen nacional (*Cfr.* Dulitzky, 2007: 17).

Entonces, las categorías prohibidas de discriminación son criterios que no deben ser aplicados para configurar una discriminación en contra de las personas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1.) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2) contienen las categorías prohibidas de discriminación, entre las que no consta expresamente la orientación sexual ni la identidad de género, mas en sus textos expresan que está prohibida la discriminación por “cualquier otra condición” o “cualquier otra condición social”, demostrando la apertura en dichas categorías, por lo que los fundamentos de discriminación no son cerrados.

La orientación sexual, a diferencia de lo establecido en nuestra Constitución, tampoco se encuentra contemplada expresamente como una categoría protegida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero esto no significa que no lo sea.

Los criterios en virtud de los cuales está prohibido discriminar se encuentran recogidos en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Si seguimos los parámetros tradicionales de interpretación de los tratados⁹¹, las categorías prohibidas están claramente estipuladas convencionalmente y los destinatarios de normas de derechos humanos también conocen de aquellos criterios.

Pero para efectos de la categoría que nos interesa, en la sentencia emitida en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la Corte Interamericana indicó que los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos” y su interpretación debe ir de la mano con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Así, esta interpretación evolutiva debe relacionarse con las reglas generales de interpretación, de acuerdo al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Internacionales.

Aclara que los criterios en virtud de los cuales está prohibido discriminar, no son taxativos, sino enunciativos y, por ende, la expresión “otra condición social” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite que se incorporen otras categorías que no estén expresamente reconocidas. Por lo tanto, aquella expresión (“otra condición social”) debe interpretarse en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional actual.

⁹¹ Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En consecuencia, la Corte Interamericana con los diversos fundamentos que expone⁹², dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que acarrea que cualquier norma, acto o práctica discriminatoria, basada en la orientación sexual, de una norma, está proscrita por dicha Convención

Por lo tanto, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de ningún modo, los derechos de una persona por su orientación sexual.

El aporte de la Corte Interamericana en esta esperada sentencia es valioso y trascendente para la comunidad LGBTI, pues deja claro que un derecho que se encuentra reconocido no puede ser negado o restringido a ninguna persona y bajo ninguna circunstancia en virtud de su orientación sexual ni identidad de género, pues aquello constituiría una violación al artículo 1.1. de la Convención Americana, es decir se opondría a la obligación del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en aquella.

Lo anterior se ve fortalecido con lo resaltado por la Corte en el párrafo 94:

“El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada ‘fundamental y únicamente’ en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”.

La Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos han resuelto sobre casos en los que el objeto de análisis ha sido la alegada diferencia de trato en virtud de la orientación sexual (aplicación de sanciones, no reconocimiento de derechos reconocidos a

⁹² Se fundamenta en: i) las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos del artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) los criterios de interpretación del artículo 29 del mismo cuerpo normativo; iii) normas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; iv) Resoluciones de la Asamblea General de la OEA; v) estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y vi) Resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.

favor de heterosexuales), y ambos coinciden en que la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación respecto de los tratados internacionales correspondientes⁹³.

A nivel regional, Colombia, por ejemplo, cuenta con jurisprudencia sobre la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación. En su sentencia C-029/09, de 28 de enero de 2009, establece que: i) de acuerdo con la Constitución, toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual está proscrita; ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, por lo que no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; iii) el legislador debe definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los grupos sociales y avanzar gradualmente en atención de la situación de las personas que se encuentren marginadas; y, iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables es constitucionalmente admisible sólo si responde a un principio de razón suficiente.

En conclusión, el derecho a la prohibición de discriminación por la orientación sexual de las personas se encuentra recogido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por ende, se aplica al goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos y culturales⁹⁴, por lo tanto, es obligación de los estados respetar a la orientación sexual como una categoría prohibida de discriminación.

2.3.4. La protección de las familias homoparentales

Cuando nos referimos a las familias homoparentales, definitivamente implica el cuestionamiento del concepto de familia, que, en el mundo occidental, ha sido aceptado y relacionado con la familia nuclear o tradicional, o como la denomina Belluscio, la “familia en sentido restringido”⁹⁵ (Belluscio, 2011: 5), es decir, “la agrupación formada por el padre,

⁹³ Ver: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Caso Toonen vs. Australia y Young vs. Australia), Corte Europea de Derechos Humanos (Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal)

⁹⁴ Revisar el documento “Nacidos Libres e Iguales. Orientación Sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos”, Naciones Unidas, 2012, pág. 45.

⁹⁵ El mismo autor expresa que no puede darse un concepto exacto de familia pues puede tener varias significaciones: la familia amplia, la familia restringida, y la intermedia. La “familia en sentido amplio” constituye “el conjunto de personas con las cuales existe un vínculo jurídico de orden

la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad”, agregando que “es el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo XX que tienden a imponer al Estado su defensa o protección” (Belluscio, 2011: 5), tal como lo ordena la Declaración Universal De los Derechos del Hombre, en su artículo 16, inciso tercero: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Sin embargo, diversos factores como los divorcios y separaciones de las parejas heterosexuales, el abandono por parte de uno de sus miembros o los datos alarmantes de violencia intrafamiliar, han puesto en duda a la familia nuclear como modelo de formación y crecimiento de las personas. Además, el cambio de las costumbres producido en el siglo XX ha ocasionado que también se considere a otros tipos de familias que se originan tanto en hechos voluntarios (abandono de uno de los integrantes de pareja) o en hechos fortuitos (muerte de uno los integrantes de la pareja) (Cfr. Belluscio, 2011: 7)

Entre estos otros tipos de familias⁹⁶, encontramos a la familia homoparental. Al efecto, la homoparentalidad hace referencia al “lazo de derecho o de hecho que vincula uno o varios niños a una pareja homosexual” (Nofal, 2010: 11), y fue un término acuñado en Francia, en 1997, por la Asociación de Padres Gays y Lesbianas (Association des Parents Gays et Lesbiens), con la finalidad de definir a las relaciones parentales entre las parejas homosexuales con sus hijos y extender a algunos países de Eurpa el movimiento de reconocimiento de las parejas del mismo sexo y las familias homoparentales.

familiar”, es decir, comprende a los ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, así como estos respecto del cónyuge, que entonces serán parientes por afinidad. Mientras que, “la familia en concepto intermedio” se refiere al grupo social integrado por personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

⁹⁶ Podemos mencionar a la familia monoparental, que es la conformada por un solo integrante con sus hijos, así como la familia ensamblada, que es la integrada por una persona soltera, viuda o divorciada con hijos que contrae un nuevo matrimonio o unión.

No puede existir un concepto ni una ley que pueda definir a la familia, lo cual implica una ventaja al momento de exigir igualdad de derechos entre los diversos modelos familiares y la igualdad en su protección por parte del Estado.

En este sentido, vale mencionar lo resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-577 de 2011, que, al resolver sobre la procedencia del matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, reconoció que estas conforman un tipo de familia amparada y protegida por la legislación colombiana, y alega que la heterosexualidad y la consanguinidad no pueden ser requisitos indispensables de todo tipo de familia, sino que su existencia se funda “en el amor, el respeto y la solidaridad” y, a la vez, se la caracteriza “por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos”, y concluye lo siguiente (que resalto):

“ (...) la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo”.

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo en el Caso Schalk y Kopf vs. Austria, que estableció que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”⁹⁷.

La misma corte colombiana, señaló, en su sentencia C-875 de 2005, que la familia es “una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, pues “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 176.

En el artículo 67 de nuestra Constitución se reconoce a las familias en sus diversos tipos y se impone la obligación de protegerlas:

“Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado las protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”.

De este artículo, podemos destacar algunos aspectos, el primero, que se reconoce la diversidad de las familias en virtud de que esta se puede constituir por vínculos jurídicos o de hecho. Y, por otro lado, equipara los derechos y obligaciones entre las uniones de hecho y los matrimonios, restringiendo, sin embargo, la adopción y el matrimonio para las parejas de distinto sexo⁹⁸.

A pesar de lo anterior, lo más importante es que no caben explicaciones extensas sobre el tipo de familia que está amparada por la norma suprema. Es claro: nuestra Constitución habla de diversidad, lo que significa que no puede existir un tipo único de familia y el estado ecuatoriano no puede elegir a cuál le debe brindar protección, y, además, lo obliga a proteger a todos los tipos de familias que llegaren a conformarse.

El criterio de que no existe un concepto único de familia también se extiende a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, indicó que:

“ (...) en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos que se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (pár. 142).

⁹⁸ La Constitución ni ninguna otra norma prohíben la adopción por parte de una persona lesbiana o gay.

Conviene también citar al Caso X, Y y Z vs. Reino Unido, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden formar una familia, pues:

“Al decidir si una relación puede considerarse como vida familiar, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios”.

En conclusión, el concepto de familia no puede fundamentarse en características propias de la familia en sentido restringido (heterosexualidad y consanguinidad), ni al vínculo matrimonial (pues existen relaciones de hecho que constituyen una familia). Deben tomarse en cuenta otros factores para definir a una familia, que, considero deben ser los siguientes: convivencia y el goce de esta, vínculos afectivos (y no necesariamente vínculos jurídicos), apoyo y solidaridad entre sus miembros, y la existencia de un proyecto de vida.

Por lo tanto, es imperiosa la fractura de los prejuicios sociales sobre cómo deberían ser las familias y que se acepte la realidad de cada una de ellas, tarea que debe extenderse al Estado, pues sólo así las decisiones que vengan de cualquiera de sus poderes tendrán como objetivo su protección sin discriminación.

Ahora bien, es importante resaltar de manera breve ciertos derechos relacionados con las familias. Para empezar, debemos indicar lo que dice nuestra Constitución, esto es que el Estado tiene la obligación de protegerlas, en cualquiera de sus formas, y de garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Aquí vale la pena agregar que según el artículo 69 del mismo cuerpo normativo, las familias constituidas por unión de hecho generan los mismos derechos y obligaciones que aquellas constituidas por matrimonio.

La protección a la familia es un derecho que también se encuentra contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sobre el cual la Corte Interamericana se ha pronunciado. En el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, se refiere a los artículos 11.2⁹⁹ y

⁹⁹ El artículo 11 de la Convención establece que:

17.1¹⁰⁰ de dicha Convención, y establece que “el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia”¹⁰¹.

Al efecto, el artículo 11.2 prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, siendo que entre los diversos ámbitos de la misma se encuentra la vida privada de sus familias¹⁰².

En el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida privada y familiar, manifestó que la protección a la vida privada¹⁰³ va más allá del derecho a la privacidad, y comprende también otros factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo su capacidad para “desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia

-
1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁰⁰ El artículo 17.1 de la Convención dispone:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 170.

¹⁰² El derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia también está reconocido en los siguientes artículos: 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 8 del Convenio Europeo.

¹⁰³ La Corte ha señalado que si bien el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se denomina “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido también incluye la protección de la vida privada.

identidad y definir sus propias relaciones personales”¹⁰⁴. La vida privada incluye también “la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”¹⁰⁵.

Con relación a lo anterior, la Constitución de la República del Ecuador contempla en los numerales 5 y 20 del artículo 66, entre los derechos de libertad, a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, respectivamente.

No es menos relevante la conclusión a la que llega la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso precitado, al resolver que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”, y más adelante expresa que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege a la vida familiar en dos artículos que se encuentran relacionados: el 11.2, ya referido, y el 17, que se refiere a la protección a la familia, en cuyo punto 2 reconoce y protege el derecho a fundar una familia.

Por lo anterior, me atrevo a afirmar que los estados no pueden prohibir que una familia conformada por una pareja homosexual decida tener hijos o hijas, a través de cualquier método de reproducción asistida, tampoco debería prohibir que una pareja homosexual inscriba a un niño o una niña como su hijo o hija, como ocurrió en el Caso Satya, que estudiaré en el siguiente capítulo, y mucho menos restringir la adopción a las parejas de distinto sexo, como consta en el artículo 68 de nuestra Constitución.

En Ecuador, nos dice Bernarda Freire, activista por los derechos LGBTI, que si bien no se ha realizado un censo o levantado un registro que evidencie el número de familias homoparentales, estas existen y deben recurrir al uso alternativo del Derecho para protegerse. Por ejemplo, nos expone los casos de lesbianas (4 o 5 a nivel nacional) “que están teniendo bebés...con un donante que nunca más aparece...y están esperando dos años, tres años, desde

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, párrafo 143.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

que nació su hijo y luego con una declaración juramentada que les pide el Registro Civil lo inscriben (al hijo o a la hija)...con el nombre de la persona que no es la madre biológica. Es la manera en la que se ha encontrado que el niño quede más protegido, porque si se muere la una, la gestante, el Código de la Niñez dice que se comprueba con el ADN la filiación, y, que es suficiente, entonces quedaría protegido en ese sentido; pero también queda protegido jurídicamente en el sentido de que la no gestante sería su madre civilmente. Eso es un fenómeno que se está dando ahora..." (Freire, 2014).

Añade que sobre la protección de las familias homoparentales aún no han podido lograr muchos avances, y nos indica que no han podido hacerlo ni siquiera en trámites sencillos como sacar una tarjeta de crédito con dependiente a la pareja homosexual, pues "no logramos comprobar la filiación, mucho menos en un hijo, porque para el Estado y para el mundo sólo eres padre si es que constas en la cédula y todo lo demás no existe... y hemos tenido que solventar estas cosas que están pasando, de caso en caso, con el uso alternativo del Derecho... que es muy utilizado para estas cosas: ¿qué alternativas me da el Derecho para solucionarlo? La mayoría de estos casos no son visibles y no van a ser visibles. Nunca. Nunca. Porque además necesitan protegerse, viven en una situación en la que por sí, son discriminados por su familia y tienen miedo a que sus hijos sufran esa discriminación que ellos vivieron".

2.3.5. El interés superior del niño (y de las niñas y adolescentes)

Tal como se desprende de la evolución de los sistemas jurídicos, los derechos de los niños y niñas, fueron por mucho tiempo ignorados por el Estado, ya que únicamente se protegían las facultades de los padres. Sus intereses quedaban rezagados para la esfera privada y no formaban parte de los intereses públicos. Sin embargo, el aumento de la preocupación por los niños y niñas, evidenció que tenían intereses protegidos jurídicamente, que eran distintos a los de sus padres.

El interés superior del niño influyó en que se considerara a los intereses del niño como un asunto público. Su formulación fue expresa en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y fue posteriormente incorporado en la Convención Internacional sobre los Derechos

del Niño y también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 5 y 16).

El interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁶ (de la que Ecuador es parte), en nuestra Constitución¹⁰⁷ y en el Código de la Niñez y Adolescencia¹⁰⁸, tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los niños y las niñas enunciados en la Convención¹⁰⁹, así como su desarrollo holístico, siendo que el término “desarrollo” debe ser interpretado en su sentido más amplio como un “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”¹¹⁰.

El Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple: a) un derecho sustantivo, en tanto los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que su interés superior sea una consideración esencial al momento de ponderar intereses para tomar una decisión y que se garantice que ese derecho se lo ponga en práctica

¹⁰⁶ La referida Convención establece:

3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁰⁷ Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (...).

¹⁰⁸ Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

¹⁰⁹ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, párrafo 4.

¹¹⁰ Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, párrafo 12.

cuando se deba tomar una decisión que involucre a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general; b) un principio jurídico interpretativo fundamental, pues de una norma que admita más de una interpretación se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y, c) una norma de procedimiento, ya que cuando se deba tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general, su proceso debe tomar en cuenta las repercusiones - positivas o negativas- en los infantes¹¹¹.

En consecuencia, el interés superior del niño será el primer principio, derecho y norma que debe tomarse en cuenta en las decisiones y actuaciones del Estado y de los particulares cuando niños, niñas y adolescentes estén involucradas en aquellas. Para su plena aplicación, manifestó el Comité referido, se debe adoptar un enfoque basado en derechos, en el que deben colaborar todos los intervinientes, con los objetivos de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas de los niños y niñas, y promover su dignidad humana.

Así, cuando la Convención sobre los Derechos del Niño establece que se debe atender primordialmente al interés superior del niño “en todas las medidas concernientes a los niños”, estas incluyen no sólo a las decisiones, sino a todos los actos, conductas propuestas, servicios, procedimientos y otras iniciativas, extendiéndose a la pasividad o inactividad y omisiones que se cometan en detrimento de los derechos de los niños y niñas¹¹².

Pues bien, para el tema que estoy desarrollando, que es la procedencia de la inscripción de un niño o de una niña con los apellidos de una pareja gay o lesbiana, también es conveniente analizar los derechos de aquellos que giran alrededor de esta problemática. Y, al efecto, considero que son los siguientes: el derecho a la identidad y a tener una familia.

2.3.6. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la identidad

¹¹¹ Ibídem, párrafo 6.

¹¹² Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, párrafos 17 y 18.

A pesar de que en los tratados internacionales de derechos humanos más antiguos no existen referencias expresas al derecho a la identidad, este adquirió notabilidad con la Convención Internacional de los Derechos del Niño (artículos 7, 8 y 11), que contiene algunos de los elementos relacionados con este derecho: el derecho a adquirir un nombre, a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

No se encuentra reconocido expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, estableció que el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”¹¹³.

En la misma sentencia, se hace referencia a que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8, establece que el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones de familia. Estos deben ser protegidos contra de las injerencias ilícitas; lo que también está relacionado con la lengua, la religión y cultura del niño y la niña, protegidos en el artículo 30 de la misma Convención.

Es importante mencionar que el segundo párrafo del artículo 8 de la Convención impone a los Estados la obligación de establecer un mecanismo para el restablecimiento rápido de la identidad, cuando esta hubiera sido afectada en uno o todos sus elementos.

Nuestra Constitución, en su artículo 45, recoge a los elementos referidos como derechos: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a (...) su identidad, nombre y ciudadanía; (...) a tener una familia y disfrutar de una convivencia familiar y comunitaria (...)”; mientras que el Código de la Niñez y Adolescencia contempla, en su artículo 33, que los niños y niñas

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 122.

tienen derecho a la identidad y a sus elementos, que son “especialmente” al nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley¹¹⁴.

Adicionalmente, nuestra Constitución contempla el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Sobre el derecho al nombre¹¹⁵, la Corte Interamericana manifestó que este “constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado”¹¹⁶, y que el nombre y el apellido son “esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”¹¹⁷. En la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se consagra del derecho al nombre desde el nacimiento de un niño o una niña y el derecho a ser inscrito en el registro correspondiente desde ese momento.

En este sentido, el Código de la Niñez y Adolescencia contempla el derecho a la identificación¹¹⁸, que abarca la inscripción inmediata del nacimiento de los niños y niñas

¹¹⁴ El artículo 34 del mismo Código establece el derecho a la identidad cultural:

Art. 34.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar su identidad y valores espirituales, lingüísticos, políticos y sociales a ser protegidos contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores.

¹¹⁵ El derecho al nombre se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 15 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 24.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; en el 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 127.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ El Art. 35 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro

(Simon, 2009: 118), que debe hacerse –según este artículo- con el apellido paterno y materno. Los aspectos relacionados con la inscripción los analizaré detalladamente más adelante.

Esto último, nos lleva a analizar lo manifestado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA):

“el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción al registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales (...)”¹¹⁹

Es decir, que uno de los derechos que se ejercen a través del reconocimiento de la identidad es el derecho a la personalidad jurídica¹²⁰, que en resumidas palabras es el reconocimiento de que una persona es titular de derechos y obligaciones en general. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica que a una persona se le reconozca:

“en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales (, lo cual) implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de (los) derechos y deberes (civiles y fundamentales)”¹²¹

A través de este derecho se puede determinar si una persona es titular o no de derechos y por ende si los puede ejercer, por lo que, si no es reconocido, supone el desconocimiento de la posibilidad de ser titular de derechos y contraer obligaciones, dejando a la persona en indefensión frente al Estado y a los particulares. Asimismo, este derecho se refiere al

Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad”.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman Vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 123.

¹²⁰ Reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y el artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 155.

“correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho”¹²².

En el Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, la Corte Interamericana expresó que “la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”¹²³.

Por su parte, el derecho a la nacionalidad¹²⁴, que nuestra Constitución la define en su artículo 6 como “el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional”, según la Corte Interamericana “es un prerequisite para que puedan ejercerse determinados derechos (...) y conlleva el deber del Estado con el que se establece tal vinculación, tanto de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, como de protegerlo contra la privación en forma arbitraria de su nacionalidad y, por tanto, de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en esta”¹²⁵.

Entonces, de todo lo anterior podemos decir que existen varios elementos –según las normas internacionales y nacionales- que conforman la identidad de una persona, y que existen varios derechos correlacionados con el derecho a la identidad.

¹²² Ibídem, párrafo 156.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 179.

¹²⁴ El derecho a la nacionalidad está consagrado en el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15, numeral 1 y 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24, numeral 3, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 128.

Pero dichos elementos no pueden restringirse al ámbito de los derechos, pues la identidad debe incluir las cualidades y atributos de una persona, sin olvidar el entorno social y cultural en el que vive, así como su profesión, su creencia política y demás elementos que permiten que la persona se “proyecte socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad” (Famá, 2012: 174).

Al efecto, nos dice María Victoria Famá, “si la identidad del ser humano presupone, además de su genética y biología, un complejo de elementos de carácter espiritual, psicológico, social, cultural, político, etc. que no son innatos, sino que se van formando a lo largo de la vida a raíz de distintas circunstancias, no hay duda de que uno de estos elementos es la familia que se ha formado y la que se integra; y ello pese a que no exista entre todos o algunos de sus miembros vínculo genético o biológico alguno” (Famá, 2012: 175).

Es decir, la identidad de una persona no necesariamente estará ligada al elemento puramente biológico ni genético que exista con su familia (que no siempre están presentes en una familia homoparental), pues los demás elementos, como la convivencia, el afecto, las costumbres, también coadyuvarán al desarrollo integral de la identidad de una persona.

Por lo tanto, la idea de que la identidad de un niño o de una niña, o de cualquier persona, depende absolutamente de su origen genético o biológico, no tiene cabida en la actualidad, pues proteger los demás atributos y características que permiten la individualización de una persona se convierte en una obligación impostergable para el Estado. Entonces, la protección de la identidad de los niños y niñas que crecen en familias homoparentales también es una obligación impostergable.

2.3.7. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia

Las familias homoparentales son cuestionadas por algunos sectores como la Iglesia Católica¹²⁶ o movimientos que defienden el modelo tradicional de familia¹²⁷, usualmente bajo el argumento de que no propician a los niños y niñas un ambiente saludable y aceptable para su formación, sin ningún tipo de sustento.

Quienes defienden lo anterior, se apoyan en que la familia se compone de un hombre y de una mujer, y que los homosexuales no pueden criar a sus hijos. Pero esto lo afirman sin datos científicos o empíricos, pretendiendo la imposición de valores religiosos o prejuicios.

Al efecto, los estudios empíricos realizados en las familias homoparentales y a sus hijos e hijas, demuestran que los padres homosexuales se mostraban más atentos a las necesidades de ellos y utilizaban más el reforzamiento que el castigo físico (más usado por los padres

¹²⁶ En el último Sínodo de los Obispos, reunido en su Asamblea General Extraordinaria de octubre de 2014, en Roma, que fue convocado por el Papa Francisco (para tratar el tema “Los desafíos pastorales de la familia en el contexto de la evangelización), se concluyó, en el Relatio Synodi, que:

“**15.** Las palabras de vida eterna que Jesús dejó a sus discípulos comprendían la enseñanza sobre el matrimonio y la familia. Esta enseñanza de Jesús nos permite distinguir tres etapas fundamentales en el proyecto de Dios sobre el matrimonio y la familia. Al inicio, está la familia de los orígenes, cuando Dios creador instituyó el matrimonio primordial entre Adán y Eva, como sólido fundamento de la familia. Dios no sólo creó al ser humano hombre y mujer (cfr. Gén1,27), sino que los bendijo para que fueran fecundos y se multiplicaran (cfr. Gén 1,28). Por esto, «abandonará el hombre a su padre y a su madre, se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne» (Gén 2,24). Esta unión, dañada por el pecado, se convirtió en la forma histórica de matrimonio en el Pueblo de Dios, por lo cual Moisés concedió la posibilidad de escribir un acta de divorcio (cfr. Dt 24, 1ss). Dicha forma era predominante en tiempos de Jesús. Con su venida y la reconciliación del mundo caído gracias a la redención que Él obró, terminó la era inaugurada con Moisés”. (El énfasis no es parte del texto original).

Y sobre las personas homosexuales, se concluyó lo siguiente:

“**55.** Algunas familias viven la experiencia de tener en su seno personas con orientación homosexual. Al respecto, la Asamblea se interrogó sobre qué atención pastoral es oportuna frente a esta situación, refiriéndose a lo que enseña la Iglesia: «No existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia». No obstante, los hombres y mujeres con tendencias homosexuales deben ser acogidos con respeto y delicadeza. «Se evitará, respecto a ellos, todo signo de discriminación injusta» (Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales, 4)”. (El énfasis no es parte del texto original).

¹²⁷ En Ecuador: Red Provida y Familia del Ecuador; Fundación Acción Provida; Jóvenes por la Vida; Voluntarios por la Vida; Citizen Go Ecuador; Colectivo Familia Ecuador (que engloba a estas y otras organizaciones sociales).

heterosexuales); que los hijos de padres homosexuales no tenían problemas con su identidad de género; que los hijos de padres homosexuales tienden a preocuparse más por los niños y niñas que consideran más indefensos o más pequeños que ellos, entre otros.¹²⁸

También, la American Psychology Association manifestó lo siguiente:

“No existen fundamentos científicos para concluir que las madres lesbianas o los padres gays no son padres o madres aptas bajo la consideración de su orientación sexual (Armesto, 2002; Patterson, 2000; Tasker & Golombok, 1997). Al contrario, los resultados de las investigaciones sugieren que las madres lesbianas y los padres gays son tan propensos como las madres y los padres heterosexuales a proporcionar un ambiente de apoyo y saludable para sus hijos”¹²⁹.

Pero de lo inadmisibles que resulta discriminar y juzgar a otros tipos de familias, como las homoparentales, bajo el supuesto argumento de protección a los niños y niñas, se evidencia la visión -en realidad- egoísta de la sociedad al olvidarse del derecho que tienen los niños y las niñas a tener una familia, la cual, como he indicado previamente, no tiene ni debe tener un modelo específico.

La familia, como el núcleo o elemento fundamental de la sociedad¹³⁰ y con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³¹. De esta manera, al ser el espacio para su

¹²⁸ Traducción y resumen disponible en <http://www.eldinamo.cl/blog/hijos-de-padres-del-mismo-sexo-estudios-empiricos-de-los-ultimos-50-anos/> y el documento completo disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>. Consultado el 21 de marzo de 2015, a las 15h30.

¹²⁹ “There is no scientific basis for concluding that lesbian mothers or gay fathers are unfit parents on the basis of their sexual orientation (Armesto, 2002; Patterson, 2000; Tasker & Golombok, 1997). On the contrary, results of research suggest that lesbian and gay parents are as likely as heterosexual parents to provide supportive and healthy environments for their children”. Policy Statement on Sexual Orientation, Parents & Children, adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004. Disponible en <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx>

¹³⁰ Artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador; 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 17.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, párrafo 66.

desarrollo integral, los niños y niñas tienen derecho a vivir con su familia, la que debe satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas¹³².

El Preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reconoce que “*que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”, y establece como uno de los derechos de los niños y niñas a conocer a sus padres –en la medida de lo posible- y a ser cuidados por ellos (artículo 7.1.); así como a no ser separados de ellos en contra de su voluntad, salvo que la separación sea necesaria en el interés superior del niño (artículo 9.1.). También, dicha protección se extiende a ningún niño o niña puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia (artículo 16.1.).

El Código de la Niñez y Adolescencia, establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a desarrollarse en su familia biológica, indicando la obligación del Estado, la sociedad y la familia de adoptar las medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia (artículo 22).

A la familia biológica, el mismo cuerpo normativo la define como la formada por el padre, la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad (artículo 98).

Empero, también establece que cuando lo anterior sea imposible o contrario al interés superior del niño, tienen derecho a otra familia, de manera excepcional, de conformidad con la ley. Aquí cabe mencionar que también pueden ser separados de su “familia biológica” como resultado de una decisión como el acogimiento institucional o el internamiento preventivo (Cfr. Simon, 2009: 63).

En conclusión, de acuerdo al Código de la Niñez y Adolescencia vigente, el niño o la niña tienen derecho a permanecer en su núcleo familiar, a excepción de que por razones determinantes se tome la decisión de separarlo de su familia en función de su interés superior¹³³.

¹³² Ibídem, párrafo 71.

¹³³ Ibídem párrafo 77.

Considero que el artículo 22 del Código de la Niñez y Adolescencia es limitado respecto de los otros tipos de familia cuya protección es reconocida por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, como las familias homoparentales; por lo que esta norma no puede considerarse exclusiva, es decir que los niños y niñas no sólo tienen derecho a crecer en su familia biológica sino en sus familias, en cualquiera de sus formas.

Además, lo anterior encuentra acierto en nuestra Constitución, que contempla expresamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, sin exigir ningún requisito para que se configure una familia.

Esto último se relaciona, como indiqué antes, con el hecho de que las familias no se fundamentan exclusivamente en el elemento genético o biológico, sino en las relaciones humanas, de afecto, comprensión y disfrute de la convivencia entre sus miembros, en la que también influyen los factores sociológicos y culturales donde se desarrollan.

Entonces, los niños y niñas tienen derecho a tener una familia en la que reciban amor y cuidado y que permita su desarrollo integral, pero, sobre todo, en la que se garanticen y respeten todos sus derechos, pues estos constituyen los límites del accionar del Estado y de la sociedad, mucho más si nuestra Constitución establece que sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (artículo 44).

El Estado y la sociedad deben preocuparse no por la existencia de familias homoparentales, sino porque las familias, en cualquiera de sus formas, garanticen y brinden, a los niños y niñas que las conforman, el respeto y cumplimiento de sus derechos.

Si una familia homoparental puede ofrecerle lo anterior a los niños y niñas, el Estado no debe restringir el ejercicio de sus derechos como miembros de una familia homoparental cuando la Constitución les otorga protección, como en efecto lo hace al no permitir su inscripción con los apellidos de sus padres o madres homosexuales, pues dicha inscripción constituye el vínculo formal entre los miembros de una familia con la sociedad y el Estado.

2.3. La inscripción de un nacimiento en Ecuador

El registro de un nacimiento es “el elemento más relevante para establecer las relaciones familiares y la asignación de un nombre” (Simon, 2009: 117), y en Ecuador las normas relacionadas con la inscripción del nacimiento se encuentra en su mayoría en la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, es el organismo encargado de la celebración de matrimonios, la inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas de las personas residentes en Ecuador y de los ecuatorianos residentes en el exterior, así como la identificación y cedulación de estos. Su finalidad es organizar dichas inscripciones, otorgar las cédulas de identidad y de identidad y ciudadanía¹³⁴.

La inscripción del nacimiento es un tipo de los registros del estado civil, cuyas actas y sus duplicados son instrumentos públicos¹³⁵. Como indiqué previamente, los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento. Las personas que están obligadas a declarar el nacimiento y solicitar su inscripción son, en el siguiente orden: el padre, la madre, los abuelos, los hermanos mayores de dieciocho años, los otros parientes mayores de dieciocho años, los representantes de instituciones de beneficencia o de policía, o las personas que recogieren a un expósito¹³⁶.

Los apellidos que llevará la persona serán el primero de cada uno de los progenitores, pero el paterno precederá el materno. Los nombres no podrán ser más de dos y no deben constituir palabras extravagantes, ridículas o que denigren la personalidad humana o que expresen cosas o nociones, salvo que tradicionalmente su uso se hayan consagrado como nombres, no podrán inscribirse nombres diminutivos, salvo aquellos que se hayan independizado suficientemente, y tampoco aquellos que se los use comúnmente como apellidos. Se deberá cuidar que el nombre o los nombres permitan precisar el sexo de la persona inscrita¹³⁷.

¹³⁴ Art. 1 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

¹³⁵ Art. 26, numeral 1, y 27, ibídem.

¹³⁶ Art. 30 ibídem.

¹³⁷ Art. 78 ibídem.

El nacimiento debe inscribirse ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar del nacimiento, en caso de los ocurridos en el territorio de la República; si el nacimiento ocurre durante un viaje y la inscripción no ocurre en el lugar del nacimiento, aquella debe hacérsela ante el Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar del destino final; si el nacimiento es de un hijo de padre o madre ecuatorianos nacidos en el extranjero, la inscripción debe realizarse ante el agente diplomático o consular respectivo; y, finalmente, si el nacimiento ocurre a bordo de una nave o de una aeronave ecuatorianos fuera del mar territorial o del espacio aéreo nacional, la inscripción será ante el capitán de la nave o de la aeronave¹³⁸.

Cabe mencionar que el requisito más importante para inscribir un nacimiento es el "informe estadístico de nacido vivo", que constituye la prueba de un nacimiento. Dicho informe debe estar autorizado por el médico, obstetrix o enfermero que atendió el parto. Y si uno de estos profesionales no haya atendido el parto, el informe se realizará en base a la declaración de dos testigos.

En el caso de que la inscripción no fuera solicitada personalmente por ambos padres o su mandatario, la filiación del hijo o la hija con ellos se probará con la presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectiva cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía, en las que conste el estado civil de casados entre sí.

Si el reconocimiento fuera realizado por uno solo de los progenitores, el inscrito deberá llevar el apellido materno y paterno de quien lo reconoce y si esta tiene sólo un apellido, se inscribirá con ese apellido dos veces.

Ahora bien, para el tema que nos interesa, conviene recordar lo indicado en el primer capítulo de este trabajo. El artículo 34 de la Ley de Registro Civil nos dice que "la declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo", por lo que una pareja del mismo sexo declararía ante el Registro Civil que la persona cuyo nacimiento están

¹³⁸ Art. 28 ibídem.

inscribiendo es su hijo o hija. Así, la filiación se configurará por reconocimiento, mas, la segunda parte de la norma señala “si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos, o por un mandatario”, siendo que el término “ambos” representaría una limitación para una pareja del mismo sexo, pues se entiende que se refiere exclusivamente al padre y a la madre.

Pero el numeral 5 del artículo 32 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, fue el que constituyó uno de los argumentos para que el Registro Civil rechace la solicitud de Nicola Rothon y Helen Bicknell para inscribir a Satya, su hija, con sus dos apellidos.

Este artículo establece que el acta de inscripción de un nacimiento debe contener los siguientes datos (hago énfasis en lo que nos concierne):

1. El lugar donde ocurrió el nacimiento;
2. La fecha de nacimiento;
3. El sexo del nacido;
4. Los nombres y apellidos del nacido;
5. **Los nombres y apellidos y la nacionalidad del padre y de la madre del nacido**, y los números de sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía o de sus pasaportes en caso de que fueren extranjeros no residentes;
6. Los nombres y apellidos y la nacionalidad del declarante y el número de su cédula de identidad o de identidad y ciudadanía, o de su pasaporte en caso de que fuere extranjero no residente;
7. La fecha de inscripción; y,
8. Las firmas del declarante y del Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación o de su delegado.

Como se desprende de lo anterior, en principio veríamos a este artículo un impedimento para que las parejas del mismo sexo inscriban a un niño o una niña como su hijo o hija, pues se diría que nuestra ley no contempla o permite –expresamente- lo anterior. Sin embargo, es importante mencionar que el artículo precitado no prohíbe expresamente aquello.

No obstante, existen derechos y principios que obligarían al Estado a ejecutar dicha inscripción sin inconvenientes, ya que de acuerdo a la Constitución no se puede alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución ni para negar el reconocimiento de tales derechos; de igual manera, ninguna norma puede restringir el contenido de los derechos y, en materia de derechos y garantías, se debe aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia¹³⁹.

¹³⁹ Artículos 426 y 11, numerales 3, 4 y 5, de la Constitución de la República del Ecuador.

CAPÍTULO III: EL CASO SATYA

3.1. Antecedentes

En este último capítulo estudiaré el primer caso en Ecuador en el cual una pareja de lesbianas solicitó al Registro Civil, Identificación y Cedulación la inscripción de una niña como su hija, a quien decidieron llamar Satya.

Satya Amani nació el 8 de diciembre de 2011 en Quito, Ecuador, dentro de la familia conformada por Helen Bicknell y Nicola Rotheron, ambas de nacionalidad inglesa. Esta última gestó y dio a luz a la niña, tras un tratamiento de inseminación artificial. El semen fue donado por un amigo de la pareja.

Helen y Nicola tienen una relación de diez años y formalizaron su relación en el año 2010 en el Reino Unido mediante unión civil, y, en noviembre del 2011, formalizaron en Ecuador su unión de hecho, país en el que residen desde hace siete años.

3.2. Negativa del Registro Civil a inscribir a Satya Amani con los apellidos de sus dos madres

El 27 de diciembre de 2011, la pareja solicitó por escrito al Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador la inscripción de su hija con los siguientes nombres y apellidos: Satya Amani Bicknell Rotheron, con el primer apellido de cada una de ellas¹⁴⁰.

En la misma fecha y hora, ingresaron otra solicitud en la cual pedían que, una vez que se había reconocido su unión de hecho, se cambie de estado civil en sus cédulas de identidad, de solteras “a unidas”.¹⁴¹

¹⁴⁰ Ver Anexo 1.

¹⁴¹ Ver Anexo 2.

El 10 de enero de 2012, mediante Oficio No. 2012-9-DAJ¹⁴², el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, respondió la solicitud realizada por la pareja y negó la inscripción de la niña.

En primer lugar, negó el cambio del estado civil de la pareja invocando la Resolución No. DIGERCIC-DAJ-2010-0277 de 1 de septiembre de 2010, que prohibía incorporar a la unión de hecho como estado civil en las cédulas de ciudadanía e identidad¹⁴³.

Para negar la inscripción de nacimiento de Satya Amani con los dos apellidos de sus madres, dicha resolución se fundamentó en lo siguiente:

1. Se invoca el derecho a la identidad personal y colectiva, contemplado en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.
2. Cita el artículo 28, numeral 1, de la Ley de Registro Civil, Cedulación e Identificación, que establece que el registro de nacimientos se debe inscribir ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar del nacimiento.
3. Señala el artículo 32, numeral 5, de la ley precitada, y manifiesta que los datos constitutivos de la inscripción de un nacimiento son los nombres y los apellidos del padre y de la madre.
4. Menciona que el artículo 33 de la misma ley, determina, sobre la prueba de la filiación, que en caso de que la inscripción no sea solicitada por ambos padres o por su mandatario se probará la filiación respecto de los padres con la partida de matrimonio de estos o sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía en la que conste el estado civil de casados entre sí.

¹⁴² Ver Anexo 3.

¹⁴³ Mediante Resolución No. 0174-DIGERCIC-DNAJ-2014 de 22 de Agosto de 2014, dictada por el Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, se derogó el contenido de la Resolución No. DIGERCIC-DAJ-2010-0277, y se ordenó registrar a las uniones de hecho como un dato complementario al estado civil, además la creación de un registro especial de uniones de hecho. Esta resolución entró en vigencia desde su suscripción y el servicio de registro de las uniones de hecho empezó a prestarse desde el 15 de septiembre de 2014.

5. Asimismo, se ampara en el artículo 80 de la ley ibídem, que establece la forma de establecer los apellidos de un hijo reconocido por uno solo de sus padres¹⁴⁴.

La resolución concluye resolviendo que “(...) en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados”.

Frente a esta negativa, la pareja decidió acudir a la Defensoría del Pueblo¹⁴⁵, con la pretensión de que el estado ecuatoriano acepte la inscripción de Satya como su hija, esto es, con dos apellidos maternos.

¹⁴⁴ “El hijo reconocido por uno solo de sus padres llevará los apellidos paterno y materno del padre o de la madre que le hubieren reconocido.

Si el padre que le reconociere tuviere un solo apellido, se le asignará dos veces el mismo apellido”.

Si con posterioridad le reconociere el padre o la madre que no lo hubieren hecho, se marginará el nuevo reconocimiento en la respectiva partida, a la presentación del instrumento que contenga el reconocimiento, asignándole los dos apellidos que por esta razón le correspondan al inscrito”.

¹⁴⁵ “Art. 214.- La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior”.

El artículo 215 de la Constitución contempla las funciones de la Defensoría del Pueblo:

“La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.
2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.
3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.
4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas”.

3.3. La acción de protección planteada

El 8 de marzo de 2012, patrocinadas por la Defensoría del Pueblo, la pareja conformada por Helen Bicknell y Nicola Rothon y otros funcionarios de dicha entidad¹⁴⁶ formularon una acción de protección¹⁴⁷ contra el Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Ecuador, que recayó en el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, con el número 17254-2012-0584.

La acción de protección¹⁴⁸, según el 88 de la Constitución de la República, tiene por objeto:

“(...) el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

La negativa de la inscripción de Satya con los apellidos de la pareja conformada por Helen Bicknell y Nicola Rothon, constituye el acto (administrativo) por el cual el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil (autoridad pública no judicial) vulneró derechos de la familia conformada por la pareja y su hija Satya Amani.

¹⁴⁶ Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo; Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; Ab. Carla Patiño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo del Ecuador; Ab. José Luis Guerra y Alejandra Soriano Díaz, funcionario y funcionaria de la Dirección Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo.

¹⁴⁷ Ver Anexo 4.

¹⁴⁸ La acción de protección está contemplada en la Constitución de la República del Ecuador como una garantía jurisdiccional. Ramiro Avila nos dice que el fin de las garantías es “establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del estado o de sujetos de poder” (Avila, 2012: 187).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece lo siguiente:

“Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (...)”.

En la acción de protección se expresó que aquellos derechos (constitucionales) son los siguientes:

1. Derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (Art. 66, Numeral 4);
2. Derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual (Art. 66, Numeral 9);
3. Derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia (Art. 66, Numeral 28); y,
4. Derecho a la protección por parte del Estado a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecución de sus fines (Art.67).

Sobre los derechos indicados en los numerales 1 y 2, la acción de protección expresa:

“la inscripción se hubiera producido si un hombre fuera el compañero escogido por Nicola Rothon, independientemente de si la forma de la concepción era por inseminación artificial, o si por cualquier caso, era otro el padre biológico. Se está limitando el derecho de la mujer a escoger otra mujer como compañera, vivir en unión de hecho con ella y acceder a los derechos que esta figura genera por medio de una actuación administrativa que reproduce la discriminación por elecciones sexuales y afectivas (...)”¹⁴⁹.

Más adelante, se agrega:

¹⁴⁹ Ver Anexo 4, párrafo 20.

“Adicionalmente, de acuerdo al numeral 2 del artículo 11¹⁵⁰, si un hombre tiene derecho a reconocer al hijo o hija de su pareja, una mujer debe tenerlo del mismo modo, de lo contrario, opera una discriminación por sexo e identidad de género (...)”¹⁵¹.

Sobre la filiación, se expuso que:

“En muchos casos, sucede que el hombre que reconoce no es el padre biológico de la criatura, pero ni la ley ni autoridad pública alguna pone en duda la decisión del hombre ni de la mujer que aceptan reconocer al niño o niña. Es decir que este hombre, aunque no sea el padre biológico, puede inscribir al hijo o hija con su apellido que incluso antecede al apellido de la madre (...)”.

Refiriéndose a la igualdad y no discriminación en la acción de protección se dice:

“La Constitución en el artículo 11 numeral 2 establece que nadie podrá ser discriminado por razones de sexo. Sin embargo, estos principios y derechos se han visto restringidos en el presente caso, por el solo hecho de que quien pretende dicho reconocimiento es una mujer”.

Sobre este punto, cabe analizar, como bien se lo indica en el considerando 21 de la acción de protección, una mujer debe tener el mismo derecho que tiene un hombre en reconocer al hijo o hija de su pareja. En el caso, el Registro Civil ha vulnerado el derecho de Helen Bicknell de reconocer a Satya como su hija, por el hecho de ser mujer.

Considero que también es importante hacer mención al argumento expuesto en la acción de protección sobre las injerencias ilícitas realizadas por el estado ecuatoriano en la familia compuesta por Satya Amani y sus dos madres:

“(...) Por su parte el Art. 248 del Código Civil determina: ‘El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o la madre que reconoce’. En este sentido, es de considerarse una

¹⁵⁰ “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]”

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

¹⁵¹ Ver Anexo 4, párrafo 21.

intromisión ilegítima el hecho de que una persona o institución en ejercicio de funciones públicas, sin un asidero jurídico contundente, decida sobre las relaciones parento-filiales de una niña, sin tomar en cuenta (e incluso negando) su realidad familiar, interpretando el Art. 28 numeral quinto de la Ley de Registro Civil, como una prohibición de inscribir a la persona con los apellidos de dos madres, cuando la ley en ninguna parte expresa tal cosa, y lejos de esto, la Constitución, en su Art. 67, insistimos, ‘reconoce la familia en sus diversos tipos’. Con tal actuación, la Dirección de Registro civil se está atribuyendo un derecho intransferible que recae sobre las peticionarias exclusivamente”¹⁵².

Más adelante, se defiende que en el caso se han cumplido los requisitos establecidos por el Código Civil para que se configure la filiación materna y paterna, es decir, que Satya fue concebida dentro de una unión de hecho estable:

“En el presente caso, la concepción fue dentro de una unión de hecho, con esas características (...). La resolución del Director Jurídico del Registro Civil, omite todas estas consideraciones y determina negar la inscripción basado en que ‘nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna’”.

De acuerdo a José Luis Guerra, actual Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo, y accionante en la causa, esta idea de la presunción de la concepción entre parejas del mismo sexo, implica lo siguiente:

“Si es que nosotros consideramos al ser humano, dentro de una esfera lógica, como una entidad en la que no puede mediar ningún criterio discriminatorio para poder ejercer los derechos, no podemos limitar el ejercicio de los mismos bajo una consideración meramente científica. (...) El debatir el tema de la concepción como la unión de dos gametos masculino y femenino, bajo ningún punto de vista podemos decir, ni siquiera pensar, que es diferente. Es algo incontrovertible en todo sentido. Lo que nosotros estamos diciendo es que si bien ese tema científico es algo que se puede comprobar, tiene que adaptarse también a realidades sociales donde nosotros hemos avanzado, en otro tipo de reproducción, que también está legislada y que obviamente tiene otra lógica y que va a tener serias consecuencias en relación a quienes ejercen los derechos en ese sentido. (...) Es el hecho de decirles: Ya no vivimos en una sociedad donde la familia se define solamente de una forma. Vivimos en una sociedad donde la familia se define de diferentes formas, tal como establece la Constitución. Y finalmente decirles que hay que romper un poco ese esquema, que es un poco complicado. La Constitución ya lo hizo. Y no negarnos a entender que esto es algo que debe comenzar a entrar en la sociedad” (Guerra, 2014).

Finalmente, sobre la identidad de Satya Amani, la acción de protección indica que:

“ (...) la Dirección General de Registro Civil está vulnerando su derecho a la identidad, al nombre y a la procedencia familiar, pues ella podrá ser reconocida en el país de sus madres

¹⁵² Ver Anexo 4, párrafo 10.

como Satya Amani Bicknell Rotheron, como es lógico, pues sus apellidos deben corresponder a su realidad familiar; es decir, al hecho de que su crianza se llevará a cabo en el seno de una familia diversa”¹⁵³.

Además, se agrega:

“La negativa por parte de las autoridades del Registro Civil, a inscribir a Satya Amani con los apellidos que las peticionarias, en ejercicio de sus legítimos derechos constitucionales y legales han decidido para ella, crea para esta niña una situación jurídica irregular, lo cual representa una amenaza grave a sus derechos fundamentales, pues al no constar inscrita en el Registro público creado para el efecto, virtualmente (para la ley) ella no existe (...)”¹⁵⁴.

La pretensión que se formuló fue que se ordene al señor Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, que proceda a inscribir a Satya Amani Bicknell Rotheron, con los apellidos de sus madres Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell, en virtud de las vulneraciones a derechos humanos de Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell y por cuanto la negativa a la inscripción produce un daño inminente al derecho a la identidad de Satya, además de otros derechos conexos, así como los derechos de las madres a su orientación sexual libre y voluntaria¹⁵⁵.

Cabe mencionar que el Juez de la causa, en lugar de convocar a las partes a la audiencia respectiva, en providencia de 15 de marzo de 2012, solicitó que la parte accionante comparezca a reconocer su firma y rúbrica (plasmada en la acción de protección) y ratifique el contenido del numeral 6 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es decir, que declare que no ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión.

¹⁵³ La Human Fertilisation and Embriology Act (Ley de Fertilización y Embriología Humana), establece, en su artículo 42 (1) y (2) que, si al momento de implantar el embrión o la esperma y óvulos de su inseminación artificial, W, es decir la mujer, fuera parte de una unión civil, entonces sujeto a la sección 45 (2) a (4), la otra parte de la pareja de la unión civil debe ser tratado como progenitora del niño, a menos que se compruebe esta última no consintió en la implantación en W del embrión o el esperma y el esperma y óvulos de su inseminación artificial (según el caso).

¹⁵⁴ Ver Anexo 4, párrafo 15.

¹⁵⁵ Revisar párrafos 29 y 30 de la acción de protección (Anexo 4).

Frente a este retardo injustificado, y al amparo, entre otras normas¹⁵⁶, del numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República, que establece que la jueza o el juez constitucional debe convocar a las partes a una audiencia de forma inmediata, se solicitó la revocatoria de la providencia referida, y, de esta manera, la convocó para el 25 de abril de 2012, a la 15h00.

En la audiencia, tanto el Registro Civil, Identificación y Cedulación como la Procuraduría General del Estado contestaron la acción de protección propuesta, con los argumentos que expondré más adelante. Antes de hacerlo, considero pertinente citar parte de las intervenciones de sus abogados delegados, cuyos argumentos denotan exclusión y una posición retrógrada respecto de las familias homoparentales:

“Podemos afirmar perfectamente que consanguinidad significa ‘con la misma sangre’ o ‘de la misma sangre’ o ‘sangre de mi sangre’, es decir que los hijos llevamos el apellido de nuestro padre y nuestra madre porque somos ‘de la misma sangre’ o somos ‘sangre de la sangre de ellos’. La menor impúber es hija de Nicola Susan Rothern, es decir, las dos: madre e hija, son de la misma sangre, por eso deben llevar el mismo apellido, así lo determina expresa y claramente nuestra legislación. ¿Qué es o qué representa la ciudadana Helen Louise Bicknell para la niña que se llamará Satya Amani? La respuesta es nada, esta ciudadana inglesa no tiene ningún parentesco ni de afinidad, peor de consanguinidad. Helen Louise Bicknell es simplemente la pareja de Nicola Susan Rothern (...)”. (Intervención del Delegado del Procurador General del Estado).

Por lo anterior, entenderíamos que la Procuraduría General del Estado se opone a la adopción, a las familias de crianza, e inclusive al parentesco por afinidad, pues, de acuerdo a su exposición para que una represente “algo” para otra persona, el vínculo que debe existir es necesariamente sanguíneo.

Por su parte, el abogado del Registro Civil, Identificación y Cedulación, justifica la discriminación por cuanto “existe legalmente”:

“Las normas aplicadas por el Registro Civil para negar la inscripción de la menor (sic) con los apellidos de la pareja no son heteroaplicativas y por tanto susceptibles de ser aplicadas de diverso modo, como dicen las accionantes, ‘por motivos discriminatorios’, desde un punto de vista sistemático, tomando en cuenta todo el ordenamiento jurídico, porque si bien es cierto que las normas invocadas en la Resolución son en su mayoría de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, también existen normas que expresamente se refieren a ‘padre

¹⁵⁶ Artículo 86, numeral 2, de la Constitución; y el artículo 4, numeral 7, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

y madre’, ‘paternidad y maternidad’ y ‘hombre y mujer’ en el Código Civil, en la Ley de Unión de Hecho y en la propia Constitución. El conjunto de normas relativas al asunto en todo el ordenamiento jurídico le dan sentido a las normas de la Ley de Registro Civil y se trata de un sentido inequívoco, en el caso de que un hombre aún sin ser el padre se una criatura comparece como tal y realiza un reconocimiento el acto el lícito, pero lo propio no ocurre cuando comparece una mujer para figurar como padre o como una segunda madre, no porque exista discriminación en la aplicación de la norma, la cual sería imputable a la Administración Pública sino porque la discriminación existe legalmente y no solo en una ley sino en varias, por lo que correspondería iniciar una acción de inconstitucionalidad y no ejercitar una acción ordinaria de protección”. (Intervención del Delegado del Registro Civil, Identificación y Cedulación).

Ahora bien, la defensa del Registro Civil, Identificación y Cedulación se basó, en lo principal, en que lo negado en el oficio Oficio No. 2012-9-DAJ fue la inscripción de Satya “en los términos solicitados, es decir haciendo constar una doble filiación materna (...), pero se no se ha negado en ningún momento la inscripción en los términos tangenciales, polares o absolutos que sugiere la pareja”, al referirse a Helen y Nicola.

También, alegaron que los derechos fundamentales que se han puesto en discusión “son personales no familiares, aun cuando su importancia impacte o afecte a toda la familia, son personales”.

Por otro lado, afirmó que por cuanto la discriminación que cuestionan las accionantes se encuentra establecida en algunas leyes vigentes, lo que debió interponerse es una acción de inconstitucionalidad y no una acción de protección.

Sobre la filiación, el abogado del Registro Civil, Identificación y Cedulación indicó que el “derecho a la filiación ya posee un contenido legal y constitucionalmente protegido y parte de ese contenido es la pareja heterosexual y que no sería conveniente alterar la estabilidad jurídica del ordenamiento entero en un caso concreto si la filiación está concebida de esa forma”.

Respecto del derecho a la identidad, insistió que el Registro Civil “no negó la inscripción de la niña sino en los términos solicitados esto es con una doble filiación materna (...), la madre biológica puede en cualquier momento inscribir a su hija con sus apellidos”.

Y, finalmente, en cuanto a la aplicación directa de la Constitución para garantizar la protección de las familias homoparentales, el Registro Civil sostuvo que en virtud del principio de seguridad jurídica, contemplado en el artículo 82 de la Constitución, “los principios constitucionales se aplican cuando existen lagunas axiomáticas o vacíos normativos, porque si existen leyes previas y claras estas deben ser aplicadas prioritariamente (...), en otro polo lo que correspondería ejercitar es una acción de inconstitucionalidad (...) o una cuestión de constitucionalidad si la ley en últimas es inicua”.

De lo anterior, puedo concluir que la defensa del Registro Civil, Identificación y Cedulación se basó en defender la aplicación de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación (una ley expedida en 1976), es decir, que un niño o una niña deben ser inscritos con apellidos paterno y materno¹⁵⁷, con el supuesto fin de proteger la filiación paterna. Además, considero que pretende distraer la controversia al afirmar que la negativa a la inscripción está justificada por la forma en la que fue solicitada. ¿De qué otra forma debió ser solicitada? ¿Acaso Nicola Rothon es “madre soltera”?

La Procuraduría General del Estado, por otro lado, se defendió diciendo que la negativa a la inscripción de Satya Amani con los apellidos de sus dos madres se fundamentó en el “ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, aplicar la normativa de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, cumplir y aplicar la ley no constituye vulneración al derecho a la igualdad, tampoco trato discriminatorio”.

Asimismo, resaltó que en caso de que las normas de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, las del Código de la Niñez y Adolescencia y del Código Civil estuvieren “en contradicción con alguna norma constitucional, el órgano competente para declarar su inconstitucionalidad es la Corte Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el Art. 436, numeral 2 de la Constitución”.

Sobre la elección libre de Helen y Nicola a escoger su orientación sexual, el delegado afirmó que la negativa a la inscripción de Satya con los apellidos de cada una de ellas, de ninguna

¹⁵⁷ La ley contempla algunos otros casos de inscripción, como lo detallé en el numeral 3 del capítulo segundo de este trabajo.

manera “tiene que ver con la preferencia sexual de las accionantes y que ello sea la causa para tal negativa. La negativa se basa en el cumplimiento de la ley”, y añadió que “las accionantes han ejercido plenamente su derecho a elegir libremente su orientación sexual (...) e inclusive esto se evidencia en el texto de la demanda, además las dos ciudadanas han constituido una unión de hecho (...)”.

Sobre el derecho a la identidad de Satya Amani, se defendió diciendo que el estado ecuatoriano “no ha negado el derecho constitucional de identidad a la menor neonata (...). Ningún funcionario o servidor público ha negado el derecho a la ciudadana Nicola Susan Rotheron, madre de la niña Satya Amani, de que la inscriba con este nombre a su hija”. Y es aquí cuando menciona que Helen no representa “nada” para la niña. Por eso afirma que Satya y Nicola “madre e hija, son de la misma sangre, por eso deben llevar el mismo apellido, así lo determina expresa y claramente nuestra legislación”.

Insisto, esta posición únicamente se va en contra de las demás formas de configuración de la filiación en nuestra legislación. Además, es arriesgado sostener firmemente que únicamente son padre e hijo o hija, o madre e hijo o hija, quienes tienen un vínculo sanguíneo. El estado ecuatoriano debería asegurarse que cada inscripción de un niño o niña lo realice, en efecto, el progenitor genético. ¿Cómo? ¿Pidiendo una prueba de ADN para que proceda la inscripción?

En todo caso, si esta fuera la solución del estado, existe una prohibición constitucional al respecto:

“Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia (...):

7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”.

Adicionalmente, considero que con el argumento de la Procuraduría General del Estado, se intenta trasladar la responsabilidad de la no inscripción de Satya Amani a una de sus madres, la que la alumbró, Nicola Rotheron, al afirmar que esta podrá acercarse a inscribir a la niña con

sus apellidos, como si se tratara de una “madre soltera”. Con este argumento, de hecho, finalizó su intervención en la audiencia:

“Este hecho –que una madre soltera dé a luz- no es, ni será, ni el primero, ni el último que suceda en nuestro país, por esta razón, el Código de la Niñez y Adolescencia, previó a esta posibilidad (...). Todas las mujeres que en el Ecuador han dado a luz, en el transcurso de la historia hasta la actualidad y que han sido o son madres y han tenido que realizar la inscripción del nacimiento de su hijo, en forma individual, sin el concurso del padre del niño, lo han inscrito con los apellidos de ellas. Por lo tanto, el no proceder de esta manera sería ir contra norma expresa, es decir violar la ley. Queda demostrado de manera clara que no existe vulneración de los derechos constitucionales que señalan las accionantes”.

El criterio de la Procuraduría General del Estado, entonces, es negar la existencia de la familia conformada por Satya y sus madres, pues Nicola Rothon es una “madre soltera”, es decir, que está criando sola a Satya Amani, lo cual no puede estar más alejado de la realidad.

A pesar de tratarse de un caso en el cual existe una clara vulneración de derechos constitucionales, el Juez, mediante sentencia de 21 de mayo de 2012¹⁵⁸, rechazó la acción interpuesta bajo el argumento de que la parte accionante debió intentar la impugnación de la resolución contenida en el Oficio No. 2012-9-DAJ de 10 de enero de 2012 en sede administrativa y en sede judicial¹⁵⁹, conforme cito el siguiente texto de la sentencia:

“ (...) se debió seguir la vía administrativa y presentar la respectiva petición ante el señor Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación; y, de persistir la negativa, incluso debió hacerlo ante el señor Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; y, aparte de ello, la Vía Administrativa continúa, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo (...)”.

Al parecer, el Juez olvidó tomar en cuenta que el objetivo de la acción de protección es el amparo directo frente a la violación de un derecho constitucional y por ende “no puede interponer ni exigirse ninguna acción procesal adicional entre tal derecho constitucional y la acción de protección” (Grijalva, 2012: 257).

¹⁵⁸ Ver anexo 5.

¹⁵⁹ El artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

El Juez, de manera superficial, sin analizar si ha existido o no una vulneración de derechos, insiste y dice:

“(…) el Acto Administrativo materia de impugnación, no ha causado estado en la vía administrativa y lo que es más ni siquiera se ha intentado la impugnación en vía judicial, esto es ante el Tribunal Contencioso Administrativo; la Garantía Constitucional de Acción de Protección si bien fue instituida a fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, no es menos cierto que impugnar un Acto Administrativo mediante Acción de Protección, sin intentar las otras dos vías de impugnación, constituiría un abuso de la Acción de Protección y se constituiría en una desmesurada forma de conseguir resoluciones afines a sus intereses; sin que estas resoluciones hayan seguido los procedimientos pertinentes (...)”.

¿Cuál es el procedimiento pertinente? ¿Interponer una acción de protección contra un acto que claramente vulnera derechos constitucionales es “abusivo”?

El Juez, desde mi punto de vista, se desentendió de su labor como garante jurisdiccional de todos los derechos (*Cfr.* Avila, 2012: 211) y evadió resolver sobre el fondo, es decir, la vulneración de derechos. Que todos los jueces (no especializados) sean competentes para conocer violaciones a los derechos¹⁶⁰ y que el procedimiento de una garantía jurisdiccional sea ágil y sin formalismos¹⁶¹ fue la consigna de la Constitución de 2008. Esta “busca fortalecer las garantías mediante procesos constitucionales no formalistas que constituyan efectivos mecanismos de protección de derechos constitucionales” (Grijalva, 2012: 256).

La irresoluta sentencia analizada inadmitió la acción de protección concluyendo lo siguiente:

¹⁶⁰ El Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente: “Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

2. Será competente la juez o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos (...)”.

¹⁶¹ El artículo *ibídem*, en el numeral 2, establece las siguientes normas de procedimiento de las garantías jurisdiccionales:

a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.
b) Serán hábiles todos los días y horas.
c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

“(…) el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha (...) Resuelve INADMITIR la Acción de Protección planteada (...) en razón a que el Acto Administrativo de la Dirección Nacional General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, expedido por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, mediante oficio No. 2012-9-DAJ, en Quito el 10 de Enero 2012; es susceptible de ser impugnado en la vía judicial, vía adecuada y eficaz, contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”.

Por cuanto el Juez ha afirmado que la vía judicial era “adecuada y eficaz”, podríamos deducir que se refiere al numeral 4 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que fue citado en la sentencia, el cual establece que la acción de protección no procede cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Empero, el juez determina que la vía judicial es adecuada y eficaz sin especificar los motivos que justifiquen su conclusión. Un juez que tiene la competencia para conocer y resolver una garantía jurisdiccional, cuyo objetivo es proteger un derecho o varios derechos que se consideran vulnerados, no debe sino analizar la existencia o no de una vulneración de derechos en detrimento de las personas, y, por ende, no puede minimizar su análisis a la naturaleza de un acto administrativo y su impugnabilidad en sede administrativa y en sede judicial. Así lo ha afirmado reiteradamente la Corte Constitucional, que ha señalado que el papel de los jueces constitucionales es:

“(…) verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infraconstitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria”¹⁶².

Como vemos, el primer resultado del Caso Satya no fue favorable en lo absoluto. Más allá de la negativa, considero que lo que verdaderamente atenta contra los derechos es que el juez evitó resolver sobre las diferentes vulneraciones a derechos: una niña sin nombres y apellidos y sin nacionalidad, es decir, sin identidad, la discriminación sufrida por una pareja de lesbianas y la desprotección flagrante por parte del estado a una familia homoparental.

¹⁶² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 016-13-SEP-CC, caso N.º 1000-12-EP.

3.4. Apelación de la sentencia que negó la acción de protección planteada y resolución de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

Frente a la sentencia emitida por el Juez Cuarto de Garantías Penales, el 21 de mayo de 2012, que negó la acción de protección referida, se interpuso recurso de apelación¹⁶³ contra la misma, que fue firmado por el Defensor del Pueblo¹⁶⁴; proceso signado con el número 17254-2014-0584.

En los fundamentos del recurso de apelación formulado, se manifiesta que el juez constitucional “fundamenta su resolución bajo parámetros formales inadecuados que no se relacionan en ningún momento con los derechos constitucionales vulnerados (...)”¹⁶⁵.

Más adelante, se indica que “el juez constitucional debe guiar su decisión en virtud de los derechos que debe precautelar, cuestión que no sucede en ningún momento a lo largo de la sentencia; en sentido, en el artículo 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales se determinan los principios de la justicia constitucional, donde resalta el principio de la aplicación más favorable, la optimización de los principios constitucionales y la obligación de administrar justicia constitucional”.

¹⁶³ El inciso segundo del numeral 3 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”. Esta norma tiene concordancia con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que expresa:

“Art. 24.- Apelación.- Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada.

Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo. La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia”.

¹⁶⁴ Ver Anexo 6.

¹⁶⁵ Ver Anexo 6, párrafo 6.

Agrega más adelante que se debe tomar en cuenta los métodos de interpretación constitucional contenidos en el artículo 3 de la ley ibídem, en especial, al principio de proporcionalidad¹⁶⁶, al principio de ponderación¹⁶⁷ y al principio de interpretación evolutiva o dinámica¹⁶⁸ y su relación con el principio de interpretación teleológica¹⁶⁹.

Estimo que el razonamiento principal de la Defensoría del Pueblo para apelar la resolución del juez constitucional tiene relación con una de las críticas que expuse previamente, esto es que el juez inadmite la acción de protección formulada “bajo el argumento de que la materia de la litis gira alrededor de un tema administrativo; y que como tal , debía ser resuelto por autoridades administrativas. Sin embargo, el juez constitucional no advierte que en el proceso administrativo al que hace referencia se decide sobre derechos constitucionales (...)”¹⁷⁰.

Asimismo, en el recurso de apelación interpuesto, se manifiesta que “(...) la vía administrativa no es la adecuada para declarar derechos constitucionales y solamente provocaría una dilación en el pleno ejercicio de los mismos”¹⁷¹, y más adelante se concluye que “la autoridad competente para determinar la plena vigencia de derechos humanos en este

¹⁶⁶ El numeral 2 del inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece: “2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

¹⁶⁷ El numeral 3 del inciso segundo del artículo 3 de la Ley ibídem define al principio de ponderación de la siguiente manera: “3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

¹⁶⁸ El numeral 4 del inciso segundo del artículo 3 de la ley ibídem nos dice que de acuerdo al principio de interpretación evolutiva o dinámica, “Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”.

¹⁶⁹ La interpretación teleológica está detallada en el numeral 6 del inciso segundo del artículo 3 de la ley ibídem, de acuerdo a lo siguiente: “Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”.

¹⁷⁰ Ver Anexo 6, párrafo 12.

¹⁷¹ Ver Anexo 6, párrafo 14.

caso es del juez constitucional; mismo que tiene el deber de preponderar las normas de la Constitución sobre normas secundarias y declarar la vigencia de derechos”¹⁷².

Por lo anterior, solicita en su petición concreta que se revise la sentencia y se ordene la inscripción de Satya Amani Bicknell Rotheron con los apellidos de sus dos madres. El recurso de apelación fue concedido mediante providencia de 28 de mayo de 2012, las 12h09.

A continuación procederé a analizar la resolución¹⁷³ de la apelación de la sentencia que negó la acción de protección interpuesta.

La sentencia fue emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 9 de agosto de 2012, las 16h40, casi tres meses después de haber sido concedido el recurso de apelación, lo cual contraviene el inciso segundo del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que dispone que la Corte Provincial debe resolver en mérito del expediente y en el término de ocho días.

Luego de quince hojas de poco análisis de los amicus curiae presentados, la Sala inicia su análisis en la foja 14 del documento e inicia con una acertada discrepancia con la sentencia de primer nivel, al afirmar que la acción de protección “se constituye en una garantía primordial de protección de derechos fundamentales (...). Dicha protección debe gozar de un carácter preferente y sumario, a fin de que pueda alcanzar sus objetivos de protección (...)”. Agrega que de acuerdo al numeral 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para presentar una acción de protección la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, pero “por la categoría de los derechos invocados y la necesidad de su ponderación (...) no se puede concluir que la acción contencioso administrativa sea la vía adecuada para reclamarlos, sino la acción constitucional , discrepando la Sala en ese punto, sobre la sentencia venida en grado”.

¹⁷² Ver Anexo 6, párrafo 15.

¹⁷³ Ver Anexo 7.

Sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte Provincial de Justicia hace un limitado análisis sobre la vulneración puesta en la mesa. al efecto, indica que si bien la Constitución reconoce a las familias diversas, sobre “el grado de protección que concede, se remite a la ley, que para el caso, sería el Código civil. Así la protección constitucional a la familia, no es absoluta, sino sujeta a la ley en el caso de la unión de hecho, y limitada a parejas heterosexuales cuando se trate de matrimonio y adopción”.

Y, más adelante, concluye que en el oficio que niega la inscripción de Satya Amani, no se ha impugnado la validez de la protocolización del Acta de Unión de Hecho (entre Nicola Rotheron y Helen Bicknell) y que tampoco la desconoce para fundamentar dicha negativa, por lo que de ninguna manera se puede concluir que se haya vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación o a la vida privada y familiar.

Asimismo, en la sentencia de la Corte Provincial de Justicia se dice que por cuanto el oficio impugnado no niega la inscripción de Satya Amani como hija de Nicola Rotheron, “ni impugna el derecho de maternidad de quien es la madre biológica (esta maternidad no ha sido controvertida tampoco durante el proceso), sino que se abstiene de considerar a Helen Bicknell como una segunda madre”, concluye, no se ha vulnerado el derecho a la familia, a la vida familiar o a la intimidad personal y familiar de las señoras Rotheron y Bicknell”.

La Corte Provincial expresa que sobre el “pretendido derecho de constituirse en una segunda madre de la menor, en la audiencia, los accionantes han hecho referencia al caso X, Y y Z vs. Reino Unido¹⁷⁴, y califica a la causa como “aleccionadora y muy pertinente al caso que nos ocupa”.

En efecto, en la intervención de la abogada de la Defensoría del Pueblo, se hizo referencia a que la Corte Europea de Derechos Humanos, en este caso, “siguiendo el concepto amplio de familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que: Al decidir si una relación puede considerarse como vida familiar, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su

¹⁷⁴ Sentencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos, el 22 de abril de 1997.

relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios”¹⁷⁵.

La Corte Provincial explica los antecedentes fácticos del caso, que pueden resumirse en lo siguiente: “X” es una mujer transexual que, junto a su pareja mujer “Y”, accedieron a una inseminación con semen de un donante y el 13 de octubre de 1992 nació “Z”. Cuando “X”, antes del nacimiento, solicitó ante el Director del Registro Civil que se haga contar en la inscripción de nacimiento como el padre de “Z”, dicha entidad le contestó que no era posible, pues sólo un hombre podía ser registrado como padre, sin embargo, “Z” podía llevar su apellido. Cuando “Z” nació, asimismo se negó la inscripción de “X” como padre y esa parte del registro quedó en blanco. “Z” fue inscrita con los apellidos de “Y”.

El caso fue llevado al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos bajo el argumento de que se había vulnerado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar) en relación con el artículo 14 (prohibición de discriminación) del mismo cuerpo normativo.

La Corte Provincial se concentra en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“Por cuanto la transexualidad levanta complejas situaciones científicas, legales, morales y sociales, de las que no existe un consenso entre los Estados Contratantes, la Corte es de la opinión que el Artículo 8 no puede, en este contexto, ser invocado para suponer una obligación formal para el Estado demandado de reconocer como el padre de un niño a una persona que no es su padre biológico. En ese sentido, el hecho de que las normas de Reino Unido no admiten un reconocimiento legal especial para la relación entre X y Z no implica el irrespeto a la vida familiar en el sentido contemplado en el artículo 8. Por lo tanto, no existe violación al artículo 8 de la Convención”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Esta traducción consta en la sentencia emitida en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de febrero de 2012, párrafo 173.

¹⁷⁶ Traducción de la autora. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso X, Y y Z vs. Reino Unido, Sentencia de 22 de abril de 1997, párrafos 52 y 53 (“In conclusion, given that transsexuality raises complex scientific, legal, moral and social issues, in respect of which there is no generally shared approach among the Contracting States, the Court is of the opinion that Article 8 (art. 8) cannot, in this context, be taken to imply an obligation for the respondent State formally to recognise as the father of a child a person who is not the biological father. That being so, the fact that the law of the United Kingdom does not allow special legal recognition of the relationship between X and Z does not amount to a failure to respect family life within the meaning of that provision (art. 8). It follows

Citando únicamente dicho texto de la sentencia, sin mayor análisis, concluye que “la negativa de inscripción realizada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, contiene una restricción legítima del derecho a la vida familiar, criterio que es compartido por esta sala”.

En el siguiente considerando, expresa que la parte accionante denuncia la vulneración al derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, bajo el argumento de que si Helen Bicknell fuera hombre, no se le habría impedido el reconocimiento, como ocurre en las parejas heterosexuales. Al efecto, se remite nuevamente a la sentencia del caso X, Y y Z, en lo concerniente a lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de discriminación:

“(…) esta Sala hace suyas las palabras del ‘TEDH’ en el Caso X, Y, Z vs Reino Unido: ‘La Corte considera que la denuncia basada en el artículo 14 [Artículo 11.2 y 11.5, 66.4 de la Constitución ecuatoriana, en concordancia con los artículos 1,2, 5 y 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer], es equivalente y no plantea una cuestión distinta de la queja basada en el artículo 8...en consecuencia, no es necesario considerar esta queja”’.

Finaliza diciendo que, si se acepta que no se ha vulnerado el derecho a la vida familiar, mal podría concluirse la violación al derecho a la igualdad. Agrega que “en la posición de inscribir al hijo con el solo apellido de la madre, se encuentran todas las madres solteras” y resalta que únicamente el padre biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción es la persona que puede reconocer a un niño o niña (como su hijo o hija).

Así, concluye que “la limitación de la institución del reconocimiento a ser realizada solo por los padres/madres biológicos, es legítima”.

Como último cargo a analizar, esto es que la negativa a la inscripción atenta contra el interés superior de la niña, la Corte Provincial de Justicia se remite a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso Niñas Yean y Bosico vs. República

that there has been no violation of Article 8 of the Convention (art. 8)”).

Dominicana¹⁷⁷, y toma en cuenta, esencialmente, que “los requisitos exigidos para probar el nacimiento deben ser razonables y no constituir un obstáculo para acceder a la nacionalidad”¹⁷⁸

Así, manifiesta que el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil no ha solicitado requisitos exagerados para conceder la nacionalidad a Satya Amani o para impedir su registro, sino que “simplemente ha negado su registro con el apellido de la señora Bicknell”.

Me pregunto si la Corte Provincial en realidad entendió el alcance de su afirmación. ¿“Simplemente” se negó la inscripción de Satya Amani con el apellido de una de sus madres?

En relación con lo analizado en el anterior capítulo, podríamos decir que el Registro Civil “simplemente” vulneró los derechos de Satya Amani a la identidad (que comprende, entre otros, el derecho al nombre y el derecho a la nacionalidad) y a la personalidad jurídica.

El principio de interés superior tiene como objetivo la satisfacción de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que impone a las autoridades administrativas y judiciales así como a instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. La negativa a la inscripción de Satya ha creado una situación jurídica irregular para ella, poniendo en riesgo e impidiendo el ejercicio y goce de sus derechos.

Además, no debemos alejar la vulneración del derecho de Helen Bicknell y Nicola Rotheron a la igualdad y no discriminación.

¹⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Esta sentencia fue analizada en el capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 171: “Los requisitos exigidos para probar el nacimiento en el territorio deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad”.

En la sentencia en cuestión, no se hizo ningún análisis sobre el derecho a la protección por parte del Estado a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecución de sus fines, pues la familia conformada por Satya y sus dos madres no están gozando de todos los derechos que cualquier familia heterosexual sí. En este sentido, por ejemplo, si Helen decidiera separarse de Nicola, o abandonara el hogar, Satya no podría beneficiarse del derecho a las pensiones alimenticias. Esto -y no sólo esto- coloca a Satya en una situación de discriminación respecto de todos los otros niños y niñas que han sido inscritos con apellidos de una pareja heterosexual, aunque el estado no se haya cerciorado de que en efecto exista un vínculo sanguíneo entre aquella y sus hijos o hijas.

Sobre este punto, es conveniente poner en la mesa lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la discriminación de los niños, que es pertinente al caso:

“(...) la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre. En este sentido el comité de los Derechos del Niño ha aclarado en su Observación General No. 7 que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo, si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a valores tradicionales”¹⁷⁹.

Lo anterior es un aporte importantísimo para el estudio de los casos de los niños y niñas que son parte de familias homoparentales, como ocurre con Satya, pues, es evidente que en su caso la negativa a la inscripción solo se justifica en la orientación sexual de sus madres.

Los criterios de que las normas ecuatorianas no contemplan la doble filiación, y que el estado ecuatoriano únicamente está aplicando sus normas, resulta insuficiente cuando la Constitución, que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra¹⁸⁰ dice claramente que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidora y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos toda vez que sean más favorables a las previstas en la Constitución, y además –y esto es la clave- no se puede alegar falta de ley o desconocimiento

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 151.

¹⁸⁰ Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna¹⁸¹.

Nada de lo anterior fue analizado por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia y, como era de suponerse, mediante sentencia de 9 de agosto de 2012, las 16h40, rechazó el recurso de apelación, confirmando lo resuelto por el juez de primer nivel.

3.5. La acción extraordinaria de protección

En virtud del resultado anterior, la Defensoría del Pueblo¹⁸² interpuso acción extraordinaria de protección contra la sentencia de 9 de agosto de 2012, las 16h40, por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia.

Esta garantía jurisdiccional, de acuerdo al artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Carta Magna, y debe interponerse ante la Corte

¹⁸¹ “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

¹⁸² Los funcionarios que suscriben la acción extraordinaria de protección son tres: Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; Carla Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza; y el abogado José Luis Guerra Mayorga, Coordinador Nacional de Protección Prioritaria.

Constitucional¹⁸³. Cabe mencionar que el artículo 437 agrega a las resoluciones con fuerza de instancia como susceptible de esta acción¹⁸⁴.

De acuerdo al escrito que contiene la acción extraordinaria de protección¹⁸⁵, la Defensoría del Pueblo indica que la acción extraordinaria de protección es la segunda y última instancia del proceso constitucional¹⁸⁶, por lo que sobre la sentencia emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia¹⁸⁷ ya no cabe ningún otro recurso.

En el acápite III de la acción, como fundamento para indicar que no existe otra vía de exigir los derechos vulnerados, hace mención a la Opinión Consultiva OC-9/87 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se pronunció sobre el artículo 25.1¹⁸⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y estableció que:

“Como ya lo ha señalado la Corte, el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales (...). Establece este artículo, igualmente, en términos amplios la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos humanos. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se

¹⁸³ El mismo artículo expresa que procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

¹⁸⁴ Ya en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se unifican los artículos y se plantea lo siguiente: “Art. 58.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”.

¹⁸⁵ Ver Anexo 8.

¹⁸⁶ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 4, numeral 8, establece, entre los principios procesales de la justicia constitucional que “Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.”.

¹⁸⁷ Uno de los requisitos para la interposición de la acción extraordinaria de protección es que la sentencia o auto esté ejecutoriado (Artículo 61, numeral 2).

¹⁸⁸ “Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”¹⁸⁹.

Y más adelante expresa:

“En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado de la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”.

Así, expresan que la jurisdicción contencioso administrativa se encarga de los casos relacionados con actos de poder público con efectos generales o particulares, pero aquella tiene por objeto la nulidad de actos administrativos que vulneren derechos de una persona determinada pero no trata “asuntos de trascendental importancia para un caso que verse sobre derechos humanos, tal como la reparación integral del daño que logre el goce y ejercicio plenos del derecho conculcado”¹⁹⁰. Sin embargo, continúa, las garantías jurisdiccionales operan en ese sentido de acuerdo a los artículos 6¹⁹¹ y 18¹⁹² de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9 /87 de 6 de octubre de 1987, párrafos 23.

¹⁹⁰ Ver Anexo 8, párrafo 5.

¹⁹¹ “Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (...)”.

¹⁹² “Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. (...)”.

Por lo tanto, concluye que la vía idónea para que los derechos en la Constitución y tratados internacionales es la acción de protección y no una acción que deba sustanciarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Identifica a la tutela judicial efectiva como el derecho constitucional vulnerado por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que está consagrado en el artículo 75 de la Carta Magna:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Para justificar esta vulneración, se alegó que el derecho a la tutela judicial efectiva no solamente contempla el acceso a los mecanismos de justicia, sino que las decisiones derivadas de estos deben contener una “interpretación normativa constitucional profunda y adecuada”¹⁹³.

Agrega que es inaceptable que se maneje el argumento de que en el acta de nacimiento únicamente se pueden inscribir los nombres y apellidos de los padres biológicos de un niño o una niña, sin que exista una interpretación adecuada de las normas constitucionales. Además, hace énfasis que la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación y el Código Civil, fueron expedidas en una época en la que la homosexualidad era un delito penal y considerada como una enfermedad y recuerda que estas normas “deben ser interpretadas en el contexto actual y sobretodo bajo el régimen de la norma constitucional”¹⁹⁴, de conformidad con el artículo 3, numeral 4, de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, que contempla a la interpretación evolutiva o dinámica como un método de interpretación constitucional, como indicaré más adelante.

Con esto, dice la Defensoría, quieren evidenciar que “el paradigma de interpretación de derechos constitucionales no puede seguir siendo desconocido en beneficio de mecanismos

¹⁹³ Ver Anexo 8, párrafo 23.

¹⁹⁴ Ver Anexo 8, párrafos 26 y 27.

de interpretación normativas simplistas y lejanas de sustrato constitucional que debe nutrir las mismas”¹⁹⁵, lo que acarrea una falta de tutela efectiva.

Agrega, y considero importante mencionar lo siguiente, que “la inapropiada apreciación de la justicia constitucional que tiene la Sala y que ha dejado, previo a un análisis superficial e inadecuado de las normas, en completa indefensión a una niña y sus madres, cuyos derechos sustanciales siguen siendo vulnerados flagrantemente, y el derecho legítimo de que los mismos sean tutelados mediante un recurso efectivo y eficaz se ha visto vulnerado a profundidad por el irrespeto a la norma constitucional y el derecho a una tutela judicial efectiva”¹⁹⁶.

Finalmente, concluye su fundamentación diciendo que la realidad de la familia conformada por Satya Amani y sus dos madres ha sido supeditada “a una administración de justicia que no ha sabido comprender la magnitud de la justicia constitucional, su esencia y finalidad”¹⁹⁷ por lo que corresponde a los jueces de la Corte Constitucional “determinar la vulneración de los derechos cometida por la Sala de la Corte Provincial de Pichincha (...) y la subsecuente afectación a la familia Bicknell Rotheron, y en especial a los derechos de la niña Satya Amani Bicknell Rotheron”¹⁹⁸.

En la pretensión, se solicita que se declare la procedencia de la acción extraordinaria de protección y, por ende, se declare la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la sentencia emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 9 de agosto de 2012, y se ordene la reparación integral del derecho afectado¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Ver Anexo 8, párrafo 27.

¹⁹⁶ Ver anexo 8, párrafo 28.

¹⁹⁷ Ver Anexo 8, párrafo 29.

¹⁹⁸ Ver Anexo 8, párrafo 29.

¹⁹⁹ El 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece lo siguiente:

“Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.

Mediante providencia de 12 de septiembre de 2012, las 09h30, la Sala precitada de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dispuso que se notifique a los demás sujetos procesales con el escrito que contiene la acción extraordinaria de protección y ordenó el envío del proceso a la Corte Constitucional²⁰⁰.

Ahora bien, una vez que hemos analizado el estado en el que se encuentra el Caso Satya, corresponde hacer un análisis sobre lo que debería resolver la Corte Constitucional.

En primer lugar, considero fundamental evidenciar en este trabajo que la Corte Constitucional del Ecuador se demoró más de dos años en admitir a trámite la acción extraordinaria de protección formulada y ya referida, que fue signada con el número 1692-12-EP.²⁰¹

Esto a pesar de que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la sala de admisión de la Corte Constitucional debe verificar si la acción extraordinaria de protección interpuesta cumple con los requisitos indicados en el mismo artículo en el término de diez días²⁰², que deberá contarse desde que el expediente fue

La Corte Constitucional tendrá el término máximo de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción.

La sentencia de la Corte deberá contener los elementos establecidos en las normas generales de las garantías jurisdiccionales establecidas en esta ley, aplicados a las particularidades de esta acción”.

²⁰⁰ El primer inciso del artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dice: “Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días”.

²⁰¹ Ver Anexo 9.

²⁰² “La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:

1. Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;
2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
3. Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o

recibido en el despacho²⁰³. Y, además, el artículo 63 de la misma ley, ordena que la Corte Constitucional tiene el término de treinta días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción.

La acción extraordinaria de protección, si bien no puede considerarse como un recurso, “sí tiene procedencia cuando en un determinado proceso se comprueba fácticamente la afectación de uno o varios de los derechos constitucionales”²⁰⁴. En este sentido, coincide Agustín Grijalva cuando nos dice que “esta acción por su propia naturaleza es estrictamente subsidiaria y no constituye una nueva instancia” (Grijalva, 2012: 276).

Entonces, de acuerdo a la Constitución y a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto revisar que las actuaciones y decisiones

juez;

6. Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;
7. Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,
8. Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión.

La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión”.

²⁰³ El Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, en el inciso 7, establece:

“El cómputo del término de veinte días establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se contará a partir de que la última decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional o del debido proceso se encuentre ejecutoriada”.

²⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, de 25 de marzo de 2015.

de los jueces ordinarios constitucionales respeten los derechos constitucionales, cuya revisión, en el caso ecuatoriano, lo hará la Corte Constitucional del Ecuador.

Sobre esta acción, la misma Corte Constitucional se ha pronunciado diciendo que:

“(…) la acción extraordinaria de protección es un mecanismo excepcional que busca garantizar la supremacía de la Constitución frente a acciones u omisiones, en este caso de los jueces. Así, la incorporación del control de constitucionalidad también de las decisiones judiciales permite garantizar que, al igual que cualquier decisión de autoridad pública, estas se encuentren conforme al texto de la Constitución y ante todo respeten los derechos de las partes procesales. No se trata de una instancia superpuesta a las ya existentes, ni la misma tiene por objeto deslegitimar o desmerecer la actuación de los jueces ordinarios, por el contrario, tiene como único fin la consecución de un sistema de justicia caracterizado por el respeto y la sujeción a la Constitución. De tal manera que la Corte Constitucional, cuando conoce una acción extraordinaria de protección, no actúa como un tribunal de alzada sino únicamente interviene con el fin de verificar posibles violaciones a derechos reconocidos en la Constitución de la República”²⁰⁵.

Así, vemos que la “estructura jurídico-política del Estado ecuatoriano determina que todo su funcionamiento debe ajustarse o encontrar sustento en el principio de supremacía constitucional”²⁰⁶, que se encuentra contemplado en el artículo 424 de la Constitución:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”

²⁰⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 016-13-SEP-CC, Caso No. 1000-12-EP.

²⁰⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, de 25 de marzo de 2015.

La supremacía constitucional se asienta y se esboza en la “adecuada y eficaz protección de los derechos constitucionales”²⁰⁷, y, para lograrlo, los jueces realizan un papel sustancial, para así concretar el estado constitucional de derechos y justicia que es el Ecuador.

Al efecto, el artículo 1 de nuestra Carta Magna define al Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia²⁰⁸. No es una equivocación jurídica, ni debe ser considerada como tal. Es constitucional por cuanto “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder” (Avila, 2008: 22) y “los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos” (Avila, 2008: 22); límites por cuanto no pueden vulnerados por ningún poder del estado y vínculos porque estos poderes deben efectivizarlos. Por otro lado, un estado es de derechos porque estos “someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente” (Avila, 2008: 29). Finalmente, es de justicia, ya que “el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa” (Avila, 2008: 28).

Esta caracterización de la Constitución obliga a concebir a los derechos como el pilar y fin del estado, y por ende los jueces y las juezas, las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos están llamados a garantizarlos.

Entonces, por ser la Corte Constitucional “el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”²⁰⁹, y si la acción extraordinaria de protección le permite pronunciarse sobre la vulneración de los derechos vulnerados por parte de los jueces ordinarios constitucionales, es a este órgano de administración de justicia constitucional al que le corresponde, por fin, dar respuesta al hecho de que una familia homoparental está totalmente desprotegida por el estado y, en especial, se debe otorgar una respuesta constitucional a una aberración como es el hecho de que una de sus integrantes,

²⁰⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, de 25 de marzo de 2015.

²⁰⁸ El artículo 1 también lo define como social, democrático, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...).

²⁰⁹ Artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador.

que es una niña, a quien se le debe garantizar su interés superior, no tiene nombre ni nacionalidad, elementos esenciales de su identidad.

El derecho cuya vulneración se ha alegado en la interposición de la acción extraordinaria de protección es la tutela judicial efectiva, que puede ser entendido, en principio, como “el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda-, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión” (Aguirre, 2010: 8).

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, se refirió a la tutela judicial indicando que:

“(...) la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual las personas encuentran consagrado su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de un debido procedimiento y en ejercicio de sus derechos y garantías, obtener respuestas en decisiones judiciales debidamente motivadas en derecho respecto de sus pretensiones e intereses sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y la Ley (...)”²¹⁰.

Ahora bien, sobre los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva, en un caso reciente ²¹¹, la misma Corte Constitucional manifestó que “representa tres facultades principales: el acceso al proceso de jurisdicción, el derecho a la defensa contradictoria y

²¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 110-13-SEP-CC, caso N.º 0690-12-EP.

²¹¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, de 25 de marzo de 2015. Los hechos pueden resumirse en lo siguiente: El legitimado activo, señor Alberto García Martínez propuso acción de protección contra la inadmisión de su trámite de refugio, cuya sentencia inadmitió la acción. Posteriormente apeló ante la Corte Provincial de Justicia, cuya Sala respectiva rechazó dicho recurso y confirmó la de primer nivel. De esta sentencia interpuso acción extraordinaria de protección por cuanto la resolución de primer nivel, confirmada por la Corte Provincial de Justicia, estableció que la acción de protección no es el medio idóneo para resolver una vulneración de derechos humanos y por ende se violentó su derecho a la tutela judicial efectiva, en violación del artículo 11 de la Constitución, así como su derecho a solicitar refugio y el principio de no devolución.

fundamentalmente a obtener una sentencia dotada de efectividad”²¹², y para examinar dicho caso, tomó al tercer elemento, esto es la obtención de la sentencia efectiva, y afirmó que, para que sea tal, se requiere que “la decisión respete y garantice los derechos constitucionales y consagrados en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (...)”²¹³

En otro fallo, la Corte Constitucional del Ecuador, extendió su criterio y dijo:

“(...) la tutela judicial implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República para la obtención de una resolución judicial motivada”²¹⁴.

La motivación, por su parte, “exige que todas las autoridades públicas justifiquen las razones por las cuales establecen una resolución para cada caso concreto”²¹⁵. Tanto la Corte Constitucional para el período de transición, como la Corte Constitucional del Ecuador han delimitado los requisitos de una sentencia debidamente motivada, siendo estos elementos los siguientes: i) razonabilidad, ii) lógica y iii) comprensibilidad.

Sobre estos elementos, en la sentencia N.º 121-14-SEP-CC²¹⁶, la misma Corte indicó que:

“(...) razonable en el sentido de que la decisión se fundamente en lo dispuesto en las disposiciones constitucionales y normativa pertinente; lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión general del caso; comprensible en lo que se refiere al lenguaje que se utilice en la decisión, el mismo que debe ser dirigido hacia el entendimiento por parte del auditorio”.

Ahora bien, en el caso objeto de este trabajo, considero que la Corte debe remitirse a uno de los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es la obtención de una sentencia

²¹² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, de 25 de marzo de 2015.

²¹³ Ibidem. Al final de lo citado, la Corte agrega “derechos de refugio y no devolución, en el presente caso”, para concluir su idea.

²¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 103-15-SEP-CC, Caso No. 0695-12-EP, de 31 de marzo de 2015.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 121-14-SEP-CC, caso N.º 0523-12-EP.

efectiva, que, como fue mencionado, es tal cuando la decisión respeta y garantiza los derechos constitucionales y los consagrados en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, lo que, en el caso no ha ocurrido, pues la sentencia expedida por la Corte Provincial carece de efectividad, ya que rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primer nivel (que sostuvo que impugnar la negativa de inscripción en sede judicial es la vía adecuada y eficaz para proteger los derechos de las accionantes) no respeta ni garantiza los derechos de una niña que hasta la actualidad no tiene nombre, tampoco nacionalidad, ni personalidad jurídica, y tampoco los de sus madres, a quienes, por el hecho de ser lesbianas, se les ha negado inscribir a su hija con sus apellidos.

Bien manifestó la Defensoría del Pueblo en su escrito que contiene la acción extraordinaria de protección que “el silogismo argumentativo propuesto por la Corte Provincial padece de inconsistencias y se basa en un análisis constitucional que está muy lejos de determinar la interpretación que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”²¹⁷.

Entonces, la única conclusión a la que se puede llegar con las consideraciones expuestas es que los derechos de las integrantes de una familia homoparental no han sido tutelados por los jueces a quienes les corresponde la protección directa y eficaz de los mismos y, por ende, no se ha dado cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva. Pero el análisis no debe quedar aquí.

Entre los principios de ejercicio de los derechos, la Constitución de la República del Ecuador reconoce que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía²¹⁸.

Esta interdependencia implica que “los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros” (Avila, 2008: 84)

²¹⁷ Ver Anexo 8, párrafo 20.

²¹⁸ Artículo 11, numeral 6.

o en otras palabras “conlleve que los derechos configuran un sistema en el cual están relacionados, lo cual implica que una vulneración a un derecho puede lesionar a otros”²¹⁹.

En consecuencia, la Corte Constitucional está obligada a analizar la vulneración de los derechos que fueron alegados por la parte accionante en la acción de protección, que son los siguientes:

1. Derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (Art. 66, Numeral 4);
2. Derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual (Art. 66, Numeral 9);
3. Derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia (Art. 66, Numeral 28); y,
4. Derecho a la protección por parte del Estado a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecución de sus fines (Art.67).

Empezaré por el análisis del derecho a la identidad de la niña Satya Amani. Tal como fue indicado en el capítulo anterior, este derecho comprende algunos elementos, entre estos el derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones de familia. Nuestra Constitución, en el artículo 45, establece que este derecho a la identidad personal incluye tener nombres y apellidos debidamente registrados y libremente escogidos y a conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, como la ciudadanía y la procedencia familiar (que son los que nos interesan).

La inscripción de Satya Amani con los apellidos de sus dos madres fue negado por el Registro Civil, Identificación y Cedulación bajo el argumento, entre otros, de que según la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, los datos constitutivos de la inscripción de un nacimiento son los nombres y apellidos del padre y de la madre y porque nuestra legislación no contempla la doble filiación materna.

²¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 103-15-SEP-CC, Caso No. 0695-12-EP, de 31 de marzo de 2015

Esta decisión, sin embargo, no ha tomado en cuenta los principios de aplicación de derechos que contempla nuestra Constitución en el artículo 11, numerales 3 y 4:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Entonces, además de lo anterior, y tomando al principio de interpretación evolutiva o dinámica, que, de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, manda que “las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”, la Corte Constitucional debe resolver que el derecho a la identidad no puede depender estrictamente del elemento genético o biológico, pues esto excluiría la realidad en la que se desarrollan niños y niñas como Satya Amani, cuya familia está conformada por ella y sus dos madres. Además, no debemos olvidar lo manifestado en el segundo capítulo, sobre la existencia de otros elementos que componen integralmente la identidad de una persona, tales como la convivencia, el afecto y las costumbres.

Así, la identidad de un niño o una niña no puede sustentarse únicamente en los requisitos formales de un acta de inscripción, que exigen la constancia de los nombres y apellidos de la madre y el padre, como lo ha venido sosteniendo el Registro Civil, sino que aquella debe fundamentarse también en la realidad fáctica de las relaciones humanas que sostiene.

Insisto que actualmente es imposible sostener que la identidad de una persona depende exclusivamente de su origen genético o biológico, ya que no se puede desconocer y por ende desproteger los demás atributos y características que permiten la individualización de una persona. Entonces, es obligatorio para el estado proteger la identidad de los niños y niñas que crecen en familias homoparentales.

La norma invocada por dicha entidad, esto es el Art. 32, numeral 5, de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación²²⁰, en realidad, ha sido utilizada restringir el derecho a la identidad de Satya Amani, lo que no es procedente en un estado como Ecuador, en el cual los derechos establecidos en la Constitución prevalecen sobre cualquier otra norma y, además, ninguna puede restringir el contenido de los derechos, como ha ocurrido en este caso.

A Satya Amani no se le ha garantizado su derecho a la identidad, ya que sus nombres y apellidos no se encuentran inscritos; a pesar de haber nacido en territorio ecuatoriano no se le ha otorgado su nacionalidad²²¹; y, se está desconociendo sus relaciones de familia, que es homoparental. A todo lo anterior se le debe agregar que también se ha vulnerado el derecho de Satya Amani a la personalidad jurídica y se ha atentado contra su interés superior, puesto que no se le ha asegurado el ejercicio pleno de sus derechos, a los que tampoco se les ha otorgado protección.

En segundo lugar, sobre la igualdad, el artículo 66, numeral 4, de la Constitución de la República del Ecuador, es clara respecto de los elementos que deben tomarse en cuenta para determinar la existencia de una discriminación:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

²²⁰ “Art. 32.- Datos de inscripción.- El acta de inscripción de un nacimiento deberá contener los siguientes datos: [...]

5.- Los nombres y apellidos y la nacionalidad del padre y de la madre del nacido, y los números de sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía o de sus pasaportes en el caso de que fueren extranjeros no residentes;”

²²¹ El artículo 7 de la Constitución de la República del Ecuador, establece lo siguiente: “Son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento: [...] 1. Las personas nacidas en el Ecuador”.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Así, dichos elementos son: la comparabilidad, que se manifiesta cuando personas comparadas con otras reciben un trato distinto; el trato diferenciado en virtud de una categoría prohibida; y, el menoscabo o anulación del ejercicio de derechos fundamentales²²². De esta manera, tenemos que Nicola Rotheron y Helen Bicknell son dos mujeres que quieren inscribir a su hija con sus apellidos, por corresponder esto a la realidad de su familia. Al igual que el resto de parejas heterosexuales, o cualquier persona que pretende inscribir a su hijo o hija, deberían ser tratadas de forma semejante, lo que ocurre en este caso.

Sobre el segundo elemento, el trato diferenciado que se les ha brindado a Nicola Rotheron y Helen Bicknell es la negativa a la inscripción de su hija con sus apellidos por el hecho de ser

²²² Análisis obtenido del Amicus Curiae presentado en la causa No. 1035-14-EP presentada por Ramiro Ávila Santamaría y Alberto Acosta ante la Corte Constitucional, dentro de la acción extraordinaria de protección presentada contra la sentencia de 26 de mayo de 2014, emitida por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que confirmó la sentencia de primer nivel de la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, que rechazó la acción de protección interpuesta por Pamela Troya y Gabriela Correa por considerar que la decisión del Registro Civil, Identificación y Cedulación de rechazar su solicitud de matrimonio –bajo el argumento que este procede únicamente entre hombre y mujer- es discriminatoria.

mujeres homosexuales. En este caso, nos enfrentamos a una discriminación por sexo y orientación sexual; categorías que están prohibidas de discriminación.

Finalmente, la negativa a la inscripción de Satya Amani, su hija, con sus apellidos, implica también la violación a los siguientes derechos constitucionales: el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 66, numeral 5), el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual (66, numeral 10), y el derecho a la intimidad personal y familiar (66, numeral 20).

Tampoco debería la Corte Constitucional dejar de examinar la vulneración al derecho de las familias a ser protegidas por el estado. Ecuador, en este caso, no está garantizando las condiciones que favorezcan la consecución de los fines de la familia conformada por Satya Amani y sus dos madres, conforme su obligación establecida en el artículo 67, ya que entre las tres, por la falta de inscripción de Satya Amani, no se ha configurado formalmente el vínculo existente como miembros de una familia, lo que afecta el ejercicio de sus derechos.

Lo anterior, únicamente puede conducir a la lamentable conclusión que en este caso existe una violación sistemática de derechos a las integrantes de una familia homoparental, tal como hemos explicado: La vulneración al derecho a la identidad de Satya, se ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación de sus madres Helen y Nicola, y asimismo, se han transgredido los derechos de las tres como una familia –homoparental–.

Mucho más lamentable es que aquellas violaciones a los derechos de tres mujeres no tienen justificación cuando se debe aplicar la Constitución de forma directa²²³ y esta prohíbe la

²²³ “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

restricción de derechos por parte de cualquier norma jurídica; además, se debe aplicar la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos y, mucho menos, cuando el deber más alto del estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución²²⁴.

En fin, considero que la Corte Constitucional debe resolver sobre los derechos que no han sido tutelados efectivamente por los jueces que resolvieron la acción de protección y luego la apelación formulada contra la sentencia que negó dicha acción.

Por lo anterior, considero que en su resolución debe resolver lo siguiente:

1. Declarar la vulneración del derecho a la identidad de Satya Amani Bicknell Rothern;
2. Declarar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de Helen Bicknell y Nicola Rothern;
3. Declarar la vulneración del derecho a la protección de la familia conformada por Satya Amani Bicknell Rothern;

Y, en virtud del artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²²⁵, ordenar las siguientes medidas de reparación integral:

²²⁴ “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...).”

²²⁵ “Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación,

1. Dejar sin efecto la sentencia emitida por el Juez Cuarto de Garantías Penales, el 21 de mayo de 2012, dentro de la acción de protección No. 17254-2012-0584.
2. Dejar sin efecto la sentencia de 9 de agosto de 2012, las 16h40, por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia, dentro del proceso No. 17254-2014-0584.
3. Ordenar la inscripción de la niña Satya Amani con los apellidos de sus madres (Bicknell Rothern), de tal forma que sus nombres y apellidos consten de la siguiente manera: Satya Amani Bicknell Rothern.

Una decisión como esta, que debe emanar de la Corte Constitucional para proteger los derechos de las integrantes de una familia homoparental, es necesaria sentar un precedente de protección no solo de los derechos de los niños y niñas que son parte de dichas familias, sino también de las madres y padres homosexuales que son capaces y están dispuestos para brindarles un hogar.

la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida (...)."

También, pondrá en la mesa el cuestionamiento de la familia nuclear como la modelo, la única, la ejemplar. Esta familia cuya defensa facilita, al menos de hecho, la justificación para el rechazo y la discriminación contra personas como Satya, como Helen, como Nicole.

Es tiempo de que se eliminen los criterios basados en posturas personales y religiosas para evitar el reconocimiento de los derechos a las familias homoparentales. Es tiempo, pues es una cuestión de derechos, no de religión. Es una cuestión de derechos, no de opinión. Es una cuestión de derechos, no de lo que es “natural”.

Este es el momento para Ecuador, un estado constitucional de derechos y justicia, para enaltecer su único fin: proteger los derechos de las personas.

En cuanto a nosotros, como sociedad, nos corresponde escuchar lo que personas como Nicola Rothon desean para su proyecto de vida: “(...) Una vida pacífica, que no recibamos opresión ni discriminación (...). Solo quiero el mismo respeto, yo también tengo mis derechos, mis creencias, y no va a afectar a nadie más. Mi sexualidad, mi vida con la Satya, no está afectando a otra gente, es bien personal. Entonces, solo lo que quiero es que nos dejen en paz, solo quiero una vida simple, pacífica, nada más” (Rothon, 2015).

CONCLUSIONES

1. La Constitución de la República del Ecuador consagra los principios y derechos que deben ser aplicados para que las parejas del mismo sexo inscriban a sus hijos o hijas con sus apellidos, por lo que al amparo de la Carta Magna es procedente dicha inscripción.
2. Si bien la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación no contempla expresamente que en el acta de inscripción de un nacimiento se inscriban a los hijos con apellidos de madre y madre o de padre y padre, en el orden jerárquico de aplicación de las normas, la Constitución de la República del Ecuador es la primera, por lo que prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

3. Los derechos que deben aplicarse para la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de padres o madres homosexuales son: el derecho a la identidad, que comprende, entre otros, el derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones de familia; el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la personalidad jurídica, y el derecho de las familias a la protección por parte del estado.
4. Los principios que deben ser aplicados para la inscripción de un hijo o de una hija con los apellidos de padres o madres homosexuales son: el principio de igualdad y no discriminación, que además consagra a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación; el principio de interés superior del niño; el principio de aplicación directa e inmediata aplicación de los derechos constitucionales y los establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos; el principio de interpretación más favorable para la vigencia de derechos; y el principio que prohíbe alegar falta de norma jurídica para justificar la violación o desconocimiento de los derechos.
5. La aplicación directa de los principios y derechos citados en los numerales 2 y 3, permiten que una pareja homosexual inscriba a su hijo o hija con sus apellidos, sin que pueda alegarse que la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación no contempla esa posibilidad.
6. El Caso Satya es el primero en Ecuador en el cual una pareja de lesbianas solicitó ante el Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación la inscripción de una niña, su hija Saty Amani, con los apellidos de cada una de ellas y fue negado bajo los argumentos de que se debe precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna y porque nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en un acta de inscripción de nacimiento.

7. La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, debió aplicar directamente los principios y derechos previamente referidos e inscribir a Satya Amani con los apellidos de sus dos madres, Helen Bicknell y Nicola Rothon, de manera que sus nombres y apellidos se inscribieran así: Satya Amani Bicknell Rothon.
8. En el Caso Satya, se vulneraron los siguientes derechos: el derecho a la identidad de Satya Amani Bicknell Rothon; el derecho a la igualdad y no discriminación de Helen Bicknell y Nicola Rothon; y el derecho a la protección por parte del estado a la familia conformada por Satya Amani Bicknell Rothon y dos madres, Helen y Nicola.
9. La Corte Constitucional del Ecuador debe declarar la vulneración de los derechos citados en el numeral anterior, esto es el derecho a la identidad de Satya Amani Bicknell Rothon; el derecho a la igualdad y no discriminación de Helen Bicknell y Nicola Rothon; y el derecho a la protección por parte del estado a la familia conformada por Satya Amani Bicknell Rothon y dos madres, Helen y Nicola.

RECOMENDACIONES

1. El estado ecuatoriano debe implementar programas y cursos permanentes de capacitación y educación en derechos constitucionales y los derechos humanos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales, que deberán dirigirse a juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos.
2. El estado ecuatoriano debe implementar políticas públicas que tengan como objetivo la eliminación de la discriminación basada en la orientación sexual y la protección de los derechos constitucionales y los derechos humanos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales e intersexuales.

3. El estado ecuatoriano debe reforzar, en todas las esferas del sector público, el respeto de los siguientes principios: aplicación directa e inmediata aplicación de los derechos constitucionales y los establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos; interpretación más favorable para la vigencia de derechos; y el que prohíbe alegar falta de norma jurídica para justificar la violación o desconocimiento de los derechos.
4. La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación debe implementar las herramientas tecnológicas que permitan la emisión de actas de inscripción de nacimiento en las que los hijos e hijas de padres o madres homosexuales sean inscritos con los apellidos de aquellos.
5. Se debe plantear una reforma a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en la que se incorpore a la ley la inscripción de un hijo o una hija con los apellidos de dos madres o dos padres, con el fin de que esta norma infraconstitucional alcance una total armonía con la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. (2003). *La filiación y sus efectos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Aguirre, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro: revista de derecho*. No. 14, 5-43.
- Avila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Avila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Avila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Belluscio, A. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A.

- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Num. 84., 265-285.
- Dulitzky, A. (2007). El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. *Anuario de Derechos Humanos (Nº 3)*, 15-32.
- Espinoza, J. (2009). *Derecho de las Personas*. Lima: RODHAS SAC.
- Espinoza, M. (2014). La Constitución de Montecristi y sus legados religiosos. 143-202.
- Famá, M. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido. *Lecciones y Ensayos, Nro. 90*, 171-195.
- Fernández, E. (2003). *Igualdad y Derechos Humanos*. Madrid: EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.).
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y Garantías. La ley de más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fone, B. (2000). *Homofobia: Una historia*. Mexico D.F.: EDITORIAL OCEANO DE MEXICO.
- Freire, B. (26 de Agosto de 2014). Filiación en Ecuador por parejas homosexuales. (G. Tamariz, Entrevistador)
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Guerra, J. L. (29 de Septiembre de 2014). Entrevista a Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo por el Caso Satya. (G. Tamariz, Entrevistador)
- Huertas, O., Bacaraldo, D., Eliseo, C., Pinzón, S., & Peña, J. (2008). *El principio de igualdad y no discriminación a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá. D.C.: GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ.
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho. Número 24.*, 78.
- Merlyn, S. (2006). *Derecho y Reproducción Asistida*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Merlyn, S. (2010). La anticoncepción de emergencia en el Ecuador: Visión jurídica de un problema social. *RUPTURA No. 54*, 431-437.
- Merlyn, S. (2011). *Sujetos de la relación jurídica*. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Navas, S. (2006). *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*. Madrid: Editorial REUS S.A.

- Nofal, L. (2010). *Adopción Homoparental: derechos LGT a la adopción*. Buenos Aires : Universidad de Belgrano.
- Parra, J. (2008). *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial TEMIS S.A.
- Rothon, N. (16 de Marzo de 2015). Entrevista sobre el caso de su hija Satya Amani. (G. Tamariz, Entrevistador)
- Salgado, J. (2004). Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en Ecuador. *Aportes Andinos N. 11*, 1-12.
- Salgado, J. (2006). Género y derechos humanos. *Foro, Revista de Derecho, No. 5*, 163-173.
- Salgado, J. (2013). *Derechos Humanos y Género*. Quito: Editorial IAEN.
- Simon, F. (2009). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales. Tomo II*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- Tamayo, S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas. *Revista Digital Facultad de Derecho. Número 6.*, 261-316.
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

ANEXOS

Anexo 1

Quito, 27 diciembre de 2011

Señor
Jorge Montaña Prado
Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación
Presente.

Estimado Director,

Acudimos a usted, NICOLA SUSAN ROTHON y HELEN LOUISE BICKNELL, ambas de nacionalidad inglesa con cédula de identidad 1725762197 y 1725762189, respectivamente, unidas mediante UNIÓN CIVIL EL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2010 en el Reino Unido, y reconocida nuestra UNIÓN DE HECHO legalmente ante Notario Público por las leyes ecuatorianas, domiciliadas en barrio San Juan, parroquia Malchinguí, cantón Pedro Moncayo, provincia de Pichincha.

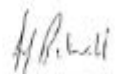
Conforme lo establecido en el artículo 24 del código civil. Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: al Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.

Solicitamos se inscriba a nuestra hija, nacida viva el 8 de diciembre de 2011, como se determina en el Informe estadístico de nacido vivo firmado por el doctor Raúl Mideros Morales, con los nombres de SATYA AMANI BICKNELL ROTHON.
Y se nos establezca como madres en la inscripción, NICOLA SUSAN ROTHON y HELEN LOUISE BICKNELL.

Al encontrarnos dentro del plazo determinado por la ley para la inscripción oportuna solicitamos se de pronto trámite a nuestro requerimiento.

Agradecemos de antemano por la amable atención brindada a la presente.


NICOLA SUSAN ROTHON
1725762197


HELEN LOUISE BICKNELL
1725762189

Adjuntamos:
Copia de nuestras cédulas
Copia de Pasaportes
Copia de la Unión de hecho que contiene Unión Civil apostillada.
Copia del documento de nacido vivo firmado por doctor
Certificado de Doctor





Dos (2)

Quito, 27 diciembre de 2011

Señor
Jorge Monteño Prado
Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación
Presente.

Estimado Director,

Nosotras, NICOLA SUSAN ROTHON y HELEN LOUISE BICKNELL, amas de nacionalidad inglesa con cédula de identidad 1725762197 y 1725762189 respectivamente, residentes en el Ecuador, domiciliadas en barrio San Juan, parroquia Malchingui, cantón Pedro Moncayo, provincia de Pichincha; una vez que hemos reconocido nuestra UNIÓN DE HECHO legalmente ante Notario Público por las leyes ecuatorianas.

Solicitamos el cambio de estado civil en nuestras cédulas de identidad, de solteras a UNIDAS.

Agradecemos de antemano por la amable atención brindada a la presente.

Atentamente:

NICOLA SUSAN ROTHON
1725762197

HELEN LOUISE BICKNELL
1725762189

Adjuntamos:

Copia de nuestras cédulas

Copia de Pasaportes

Copia de la Unión de hecho que contiene Unión Civil apostillada.



**DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACION Y CEDULACION**



Quito, 10 de enero del 2012
Oficio No. 2012-9-DAJ

Señoritas
NICOLA SUSAN ROTHON y HELEN LOUISE BICKNELL
Presente.-

De mi consideración:

En relación a su solicitud realizada, tendiente a que se inscriba el nacimiento de la menor SATYA AMANI BICKNELL ROTHON, con la doble filiación materna, cúmplame manifestar lo siguiente:

Como cuestión previa, se debe indicar que de conformidad con la potestad concedida por el referido Art. 2 de la Ley Ibidem, el Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación expidió la Resolución No. DIGERCIC-DAJ-2010 -000277 de fecha 1 de septiembre del 2010, mediante la cual en su Art. 2 se **resuelve prohibir a nivel nacional el ingreso al archivo magnético y consecuentemente a las cédulas de ciudadanía e Identidad, a la Unión de Hecho como estado civil.**

Como consecuencia jurídica de la mencionada prohibición, no se puede conferir las cédulas de identidad de las peticionarias con el estado civil de Unión de Hecho.

Respecto a la inscripción de nacimiento propiamente dicho, merece hacer algunas puntualizaciones.

1.- El derecho a la identidad personal y colectiva está contemplado en el Art. 66, numeral 28, de la Constitución de la República del Ecuador

2.- El Art. 28, en su numeral 1 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, establece:

"Ante quien debe inscribirse.- En el registro de nacimientos se inscribirán:

1.- Ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar de nacimiento, los ocurridos en el territorio de la República".

3.- Según el Art. 32, numeral 5 de la Ley Ibidem, son datos constitutivos de la inscripción de un nacimiento los nombres y los apellidos del **padre** y de la **madre**.

4.- El Art. 33 de la misma Ley, al tratar sobre la prueba de la filiación, determina: *"Cuando la inscripción de un nacimiento no fuere solicitada personalmente por ambos padres o por su mandatario, se probará su filiación respecto de dichos padres con la presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectivas cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía en las que conste el estado civil de casados entre sí".*

5.- El Art. 80 de la referida Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, establece:

Marz. As. Amazonas N37-61 y Naciones Unidas, esquina
Tel.: (593) 023814 290 Fax: (593) 022 457 231
Quito-Ecuador

www.registrocivil.gob.ec

www.transmiciudadano.gob.ec

intro (4)
Uelto

**DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACION Y CEDULACION**



"El hijo reconocido por uno solo de sus padres llevará los apellidos paterno y materno del padre o de la madre que le hubieran reconocido."

Si el padre que le reconociere tuviere un solo apellido, se le asignará dos veces el mismo apellido.

Si con posterioridad le reconociere el padre o la madre que no lo hubiere hecho, se marginará el nuevo reconocimiento en la respectiva partida, a la presentación del instrumento que contenga el reconocimiento, asignándole los dos apellidos que por esta razón le correspondan al inscrito".

6.- El Art. 82 de la Constitución de la República estatuye: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

Con el antecedente expuesto, en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica, considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados.

Lo que comunico para los fines consiguientes.

Atentamente,


Ab. Vinicio Astudillo Palomo
DIRECTOR NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA
VAP/rafi



Unidad (5)
17 MAR 2012

SEÑOR/A JUEZ/A CONSTITUCIONAL DE PICHINCHA:

ACCIÓN DE PROTECCIÓN

1. Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo, Ab. Carla Patiño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, legitimada para solicitar la interposición de Garantías Jurisdiccionales, conforme a lo dispuesto en los Art. 11 numeral 3; 215 numeral 1 de la Constitución del Ecuador; y Art. 9 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Ab. José Luis Guerra, Alejandra Soriano Díaz, funcionario y funcionaria de la Dirección Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, comparecemos para interponer la siguiente Acción de Protección:

IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA O LEGITIMADO PASIVO

2. La presente acción se dirige en contra del señor Jorge Montaña Prado, Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de Ecuador.

FUNDAMENTOS DE HECHO

3. Con fecha 8 de diciembre de 2011, se produce el nacimiento de Satya Amani, en el seno de la familia conformada por Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, quienes llevan juntas por más de diez años y formalizaron su relación en el año 2010 en el Reino Unido mediante Unión Civil y en el 2011 en el Ecuador mediante Unión de Hecho.

4. El 27 de diciembre del 2011, Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell solicitan por escrito al Director General del Registro Civil del Ecuador, se inscriba a su hija Satya Amani Bicknell Rothon con el primer apellido de cada una de ellas, en los libros respectivos.

5. El Director Nacional de Asesoría Jurídica basado en el Art. 32 numeral 5, 33 y 80 de la Ley de Registro Civil y el artículo 82 de la Constitución, niega la petición mediante oficio No. 2012-9-DAJ de fecha 10 de enero del presente año, suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica, considerando que "en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica. Considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados".

6. Ante esta negativa las peticionarias acuden a la Defensoría de Pueblo para poner sobre la mesa la violación de sus derechos. La institución toma el caso y emprende una acción de protección por considerar que con la decisión de la autoridad mencionada, se están vulnerando los derechos humanos de las peticionarias, contenidos en los artículos 66 numeral 4, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; numeral 9, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual; numeral 28, el derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia; y, el derecho a la protección que el Estado debe



a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecución de sus fines (Art. 67 Constitución).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. ESTADO JURÍDICO DE FILIACIÓN

7. El Art. 67 de la Constitución de la República, reconoce a la familia en sus diversos tipos, y crea para el Estado la obligación de protegerla como núcleo fundamental de la sociedad, con la finalidad de que ésta alcance sus fines. El Art. 69 numeral 7 de la misma, prohíbe que se exija declaración alguna sobre la calidad de la filiación al momento de la inscripción del nacimiento y el Art. 66 numeral 20 reconoce el derecho de todas las personas a la intimidad personal y familiar, intimidad que es violentada cuando el Estado, en persona de cualquiera de sus órganos u organismos, inquiriere sobre las características o formas de las familias o sus miembros para *permitir* el ejercicio de ciertos derechos.

8. De acuerdo al artículo 24 del Código Civil, la filiación se produce por reconocimiento, por sentencia judicial y también opera ipso jure si es que la concepción del hijo o hija ha sido dentro del matrimonio o la unión de hecho. Dentro del esquema tradicional, la mujer es la que da a luz y el hijo o hija lleva como apellido el del padre o del hombre que lo reconozca según las reglas previstas. En muchos casos, sucede que el hombre que reconoce no es el padre biológico de la criatura, pero ni la ley ni autoridad pública alguna pone en duda la decisión del hombre ni de la mujer que aceptan reconocer al niño o niña. Es decir que este hombre, aunque no sea el padre biológico, puede inscribir al hijo o hija con su apellido e incluso antecede al apellido de la madre. Del mismo modo, cuando una mujer, basada en sus preferencias de pareja escoge a otra mujer, no puede hacerse distinción alguna por su género o sus preferencias sexuales, en función del principio de autonomía y libertad, el que permitiría a los progenitores ejercer este derecho (el de reconocimiento de la filiación) respecto al niño o niña que se pretende reconocer como suyo, si se han cumplido (como sucede en el presente caso), los presupuestos de hecho y de derecho que dan lugar a esta forma de reconocimiento; es decir, que la niña Satya Amani haya sido concebida dentro de la unión de hecho legalmente establecida entre Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell. Este hecho, necesario para proceder al reconocimiento de la filiación de conformidad con el Art. 24 del Código Civil, se confirma en el presente caso al constar la Unión Civil en el año 2010 lo que verifica que llevaban juntas más de dos años para reconocer la Unión de Hecho entre las peticionarias, al amparo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ante notario público. Satya Amani nació el 8 de diciembre de 2011, como se comprueba por su certificado de nacida viva, es decir, dentro del lapso de tiempo fijado por el Art. 62 del Código Civil, para presumir que la fecha de la concepción se dio dentro de la unión de hecho establecida. La neutralidad de la ley implica una presunción de igualdad en cuanto al sexo: todos tenemos los mismos derechos independientemente del sexo o la orientación sexual, por tanto, no se puede permitir una subordinación de sexos ni en el aspecto jurídico ni en el social. La Constitución en el artículo 11 numeral 2 establece que nadie podrá ser discriminado por razones de sexo. Sin embargo, estos principios y derechos se han visto restringidos en el presente caso, por el sólo hecho de que quien pretende dicho reconocimiento es una mujer.



9. La filiación es un estado de hecho regulado por la ley conforme se ha analizado; por ende, al Estado le corresponde tan sólo reconocer las relaciones que existen fácticamente entre las personas, sin permitirse intromisión alguna en las mismas. Las relaciones familiares, de acuerdo al Art. 96 del Código de la Niñez y Adolescencia, consisten en lo siguiente:

"La familia es el núcleo básico de la formación social y el medio natural y necesario para el desarrollo integral de sus miembros... Sus relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intransmisibles...". De igual modo, el Art. 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, de la cual el Ecuador es parte, determina: *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin inferencias ilícitas."*

10. Con referencia a las inferencias ilícitas, es necesario puntualizar en qué consisten aquellas. La palabra inferencia, de acuerdo con el Diccionario Enciclopédico de Guillermo Cabanellas, inferencia es: Intervención o Intromisión, las introducciones ilegales o indebidas en lo ajeno. Por su parte, el Art. 248 del Código Civil determina: *"El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce"*. En este sentido, es de considerarse una intromisión ilegítima el hecho de que una persona o institución en ejercicio de funciones públicas, sin un asidero jurídico contundente, decida sobre las relaciones parento-filiales de una niña, sin tomar en cuenta (e incluso negando) su realidad familiar, interpretando el Art. 28 numeral quinto de la Ley de Registro Civil, como una prohibición de inscribir a la persona con los apellidos de dos madres, cuando la ley en ninguna parte expresa tal cosa, y lejos de esto, la Constitución en su Art. 67, insistimos, *"reconoce la familia en sus diversos tipos"*. Con tal actuación, la Dirección de Registro Civil se está atribuyendo un derecho intransferible que recae sobre las peticionarias exclusivamente.

11. El régimen jurídico al respecto, como ya hemos anticipado, no lo encontramos en la Ley General de Registro Civil, sino en el Código Civil, el cual establece la condición que debe verificarse para que se produzca la filiación de maternidad y paternidad, que es que el hijo o hija haya sido concebido o concebida dentro del matrimonio verdadero o putativo o la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente. En el presente caso, la concepción fue dentro de una unión de hecho, con esas características (como lo comprueba el documento apostillado y la escritura pública que adjuntamos a la presente). La resolución del Director Jurídico del Registro Civil, omite todas estas consideraciones y determina negar la inscripción basado en que *"nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna"*. Sin embargo de acuerdo al artículo 11 numeral 5 *"los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte... No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento"*.

B. DERECHO A LA IDENTIDAD DE SATYA AMANI QUE INCLUYE EL DERECHO A NOMBRE Y APELLIDO, A UNA FAMILIA Y SU INTERÉS SUPERIOR

12. Con respecto a la niña Satya Amani, la Dirección General de Registro Civil está vulnerando su derecho a la identidad, al nombre y a su procedencia familiar, pues ella podrá ser reconocida en el país de sus madres como Satya Amani Bicknell Rothern, como es lógico, pues sus apellidos deben corresponder a su realidad familiar; es decir, al hecho de que su crianza se llevará a cabo en el seno de una familia diversa; así lo prevén el Art. 42 (1) y (2) de la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 2008, que determinan:

- (1) If at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a civil partnership, then subject to section 45(2) to (4), the other party to the civil partnership is to be treated as a parent of the child unless it is shown that she did not consent to the placing in W of the embryo or the sperm and the sperm and eggs or of her artificial insemination (as the case may be).
- (2) This section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection (1).¹

13. Las familias diversas se encuentran plenamente reconocidas en la Constitución del 2008, en el artículo 67. Adicionalmente, el Art. 66 numeral 28, reconoce como parte del derecho a la identidad, el nombre y apellido de una persona, y su procedencia familiar:

"El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales."

Analizando la Constitución de manera sistémica, se puede entender cómo la Dirección de Registro Civil está vulnerando el derecho a la identidad de Satya, al pretender desconocer que ella procede y es parte de una familia diversa, plenamente reconocida por la Constitución y la sociedad.

14. El Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el Art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, establece el principio de interés superior, que tiene por finalidad "satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento". Por su calidad de principio, teóricamente éste se impone a las autoridades, es decir que, es una obligación de manera específica

¹ Si en el momento de la colocación en la mujer del embrión o el espermatozoide y el óvulo o de su inseminación artificial, W [la mujer] era parte en una unión civil [unión de hecho], entonces, con sujeción al artículo 45 (2) (4), la otra parte de la unión civil debe ser tratada como progenitora del niño o niñas que se demuestre que no dio su consentimiento a la colocación del embrión o del espermatozoide y el óvulo o de su inseminación artificial (según el caso). Esta sección se aplica tanto si W [la mujer] se encuentra en el Reino Unido o en otro lugar en el momento mencionado en el inciso (1) (la traducción es por referencia).



para las autoridades públicas, convirtiéndose para éstas en obligaciones de hacer o no hacer; un principio no es una proposición inspiradora, sino mandatoria para la autoridad pública².

15. La negativa por parte de las autoridades del Registro Civil, a inscribir a Satya Amani con los apellidos que las peticionarias, en ejercicio de sus legítimos derechos constitucionales y legales han decidido para ella, crea para esta niña una situación jurídica irregular, lo cual representa una amenaza grave a sus derechos fundamentales, pues al no constar inscrita en el Registro público creado para el efecto, virtualmente (para la ley), ella no existe. La importancia del nombre y de la inscripción de un niño o niña al momento de nacer, ha sido analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Niñas Yean Bosico vs. República Dominicana*³:

182. *Ahora bien, el derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la Convención Americana, constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Dicho derecho se establece también en diversos instrumentos internacionales.*

183. *Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento.*

184. *Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado.*

16. Y en el párrafo 180 de la misma sentencia, la Corte expresa: "*En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica.*" Como se ve, la Corte ya ha analizado la gravedad de la no inscripción de niñas y niños en el Registro Civil, y cómo ello provoca una serie de continuas violaciones de derechos humanos que se prolongan en el tiempo. Es su deber, señor o señora juez o jueza constitucional, impedir de forma inmediata tanto la amenaza cuanto la vulneración de derechos fundamentales tanto de Nicola Rothón, Helen Bicknell y Satya, conforme a la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes ecuatorianas aplicables.

17. El asunto del interés superior de niños y niñas respecto a su derecho a tener una familia, ha sido

² Cillero, M. (2010). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En R. Ávila Santamaría, & otros, *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia* (págs. 85-107). Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos.

³ Caso *Yean Bosico vs. República Dominicana* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de Septiembre de 2005), párrafos 182-184.

analizado por la Corte Suprema de México, dentro de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (párrafos 333 y 334), tanto como hecho jurídico cuanto como hecho social, determinándose que:

"El reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño; por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras.

Lo anterior se afirma con base en el interés superior del niño, primero, ante la posibilidad de darle una familia. Pero, además, ante la dinámica social, no podemos desconocer otras muchas situaciones, por ejemplo, un niño o niña puede ya estar viviendo con su padre o madre biológico y su pareja homosexual. ¿Qué pasa si falta el padre biológico, si en algún momento no está físicamente o muere? ¿Quién se va a hacer cargo del niño? ¿Quién va a tomar las decisiones? (...)

'Existe un número indeterminado de familias homoparentales que tienen hijos (pues, al ser 'invisibles' ante la ley, no hay posibilidad de saber siquiera su número aproximado), sea producto de reproducción o de adopción por uno de los miembros de la pareja; pero esos hijos están desprotegidos y marginados jurídicamente, pues sólo tienen, en muchos casos, un padre o madre legalmente reconocido. La pareja del mismo sexo no posee la custodia, ni la patria potestad sobre los hijos criados en común. Lo mismo sucede en los casos en los que los hijos son adoptados. Aquí es clara una diferencia jurídica injustificable e injusta: los niños procreados o adoptados por matrimonios heterosexuales legalmente reconocidos tienen una parentalidad jurídica completa, con goce de todos los derechos; mientras que los niños de familias homoparentales sólo tendrán un padre o una madre legal. Si éste (a) llegara a faltar, la pareja no puede asumir los mismos derechos y obligaciones para con los hijos. (...) Las familias homoparentales no son una mera posibilidad, constituyen una realidad social desde hace años.

El Estado no posee ninguna razón válida para intentar detener o ignorar esa realidad. Al contrario, tiene el deber de otorgar la protección jurídica a los hijos de esas parejas de hecho, mediante el reconocimiento de la coparentalidad de dos padres o dos madres, precisamente, si lo que más importa al Estado es el 'interés superior' de los menores'.⁴¹

Esta es la misma preocupación que mantienen Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell respecto de su pequeña hija Satya, ya que en caso de ausencia de Nicola Rothern, la niña quedaría en orfandad y absoluta desprotección jurídica, aún cuando en la práctica tenga una progenitora en completa capacidad de atender sus necesidades básicas, todo debido a la discriminación por parte del Estado, a la negación jurídica de una situación social que existe y es evidente y recurrente. Con esta actuación (desconocimiento por parte del poder público, de la familia diversa de Satya Amani), se está contraviniendo el interés superior del niño, y con ello se violentan los derechos de la niña Satya y se pone en grave peligro inclusive su supervivencia.

⁴¹ Opinión técnica rendida por especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en sentencia referida ibídem.

18. Cabe aquí relieves que la Constitución, en su Art. 68 inciso segundo, establece la prohibición de adopción por parte de parejas del mismo sexo. Como resultará evidente del análisis planteado, el presente caso no se trata en manera alguna de una adopción, sino de filiación de la manera en que detallamos en el apartado anterior, con base en la normativa vigente. La adopción, dice el Art. 151 del Código de la Niñez y Adolescencia, "...tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentre en aptitud social y legal para ser adoptados", aptitud que no puede consistir en condiciones que no sean (Art. 158 ibidem): 1) orfandad respecto de ambos progenitores, 2) imposibilidad de determinar quiénes son los progenitores o parientes, 3) privación de la patria potestad de ambos progenitores, 4) consentimiento de los progenitores, presupuestos que no se verifican en el presente caso, ya que Satya Amani cuenta con dos progenitoras que la reconocen como hija y no existe sentencia que prive a alguna de ellas de la patria potestad.

C. DERECHO A LA IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

19. La Ley de Registro Civil que la autoridad accionada ha pretendido aplicar en este caso, fue emitida cuando la homosexualidad era anormalizada, hasta el punto de haber sido tipificada como un delito en el artículo 516 del Código Penal, mismo que fuera declarado inconstitucional por ser discriminatorio y lesionar libertades fundamentales. Hoy en día, la Constitución en lugar de anormalizar la homosexualidad, pretende que los hombres y mujeres, con opciones diversas, tengan un respaldo jurídico en derechos humanos. Esto se refleja en el establecimiento de la Unión de Hecho para parejas del mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones que emanan del matrimonio, excepto uno, el de la adopción que se analizó anteriormente.

20. En efecto, la Constitución de la República consagra en el Art. 66 numeral 4, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; y en el numeral 9, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. Cabe insistir en que la inscripción se hubiera producido si un hombre fuera el compañero escogido por Nicola Rothon, independientemente de si la forma de la concepción era por inseminación artificial, o si por cualquier caso, era otro el padre biológico. Se está limitando el derecho de la mujer a escoger otra mujer como compañera, vivir en unión de hecho con ella y acceder a los derechos que esta figura genera por medio de una actuación administrativa que reproduce la discriminación por elecciones sexuales y afectivas que estaba naturalizada antes de la Constitución de 1998, pero que en el actual contexto constitucional es inconcebible. De acuerdo al Art. 68 de la Constitución, como también ya anticipamos, la unión de hecho es permitida en el Ecuador para personas del mismo sexo y emana de ésta todos los derechos que un matrimonio produce. La intención del constituyente es sin duda remediar una situación de discriminación a la que habían sido sometidas sistemáticamente las personas sexualmente diversas a causa de la naturalización de jerarquías entre humanos donde lo masculino y heterosexual es privilegiado. Prohibir la inscripción de la hija con los apellidos de las dos mujeres

unidas, implica la negación jurídica de un hecho que existe en la realidad, negación que se opone al derecho a la libre orientación sexual, contribuyendo con ello al reforzamiento de los sistemas de discriminación que se perpetúan en una sociedad cuando desde la niñez recibimos una educación binaria que privilegia la matriz heterosexual (Butler, 1990) o la heterosexualidad obligatoria (Rich, 1980). Es decir, se normaliza el amor o la pareja heterosexual, y consecuentemente, anormaliza y penaliza las relaciones de amor o pareja entre personas del mismo sexo. Esta matriz se ha construido y reforzado a través de la ley y un sistema de derecho patriarcal, que ha colocado lo masculino heterosexual blanco o blanco mestizo en la cumbre de la pirámide social. El resultado de esta concepción de mundo fue la introducción de normas en el ordenamiento jurídico que vulneraban los derechos de las personas diversas. Sin embargo numerosas investigaciones científicas (véanse los estudios antropológicos de Eple, Nanda, Grunenfelder, por ejemplo) demuestran que la universalización del binario hombre-mujer, como componentes naturales de una pareja, es una construcción cultural que no puede ser impuesta a los seres humanos a través de la ley, especialmente cuando una norma superior propende a la aceptación y reivindicación de la diversidad sexual.

21. Adicionalmente, de acuerdo al numeral 2 del artículo 11, si un hombre tiene derecho a reconocer al hijo o hija de su pareja, una mujer debe tenerlo del mismo modo, de lo contrario, opera una discriminación por sexo e identidad de género, de acuerdo a las razones que seguimos revisando a lo largo de la presente acción de protección.

22. Con bastante claridad, el Art. 11 numeral segundo de la misma Norma establece la prohibición de discriminación por razón del sexo e identidad de género, como principio de aplicación de los derechos. Al hablar de principio de aplicación, se quiere significar que, en todo caso en que una persona pretenda ejercer sus derechos (en el caso presente, el derecho a formar una familia y los derechos al nombre y a la filiación), el Estado, responsable de respetarlos, garantizarlos y promoverlos, deberá observar estos principios y aplicarlos para garantizar la efectividad del derecho. Para asegurar la aplicación de este principio específico, se dispone la sanción de toda forma de discriminación.

23. Además del ordenamiento jurídico nacional, el Ecuador ha ratificado múltiples tratados internacionales que protegen a las mujeres de la discriminación y promueven sus derechos de igualdad al hombre. Así, el artículo primero de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sostiene que *"discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*".

24. El Art. 2 de la Convención, establece la condena a la discriminación contra la mujer y los compromisos estatales asumidos en virtud de la ratificación de este instrumento, entre los cuales se encuentran: 1. *"... asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio"*; 2. *"Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer"*

practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas"; 3. "Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer", entre otras.

El Art. 5 establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias (...) b) Garantizar que la educación familiar incluya (...) el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (...).

25. El Art. 15 dice que "los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley" y que reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad (...); y el Art. 16 sostiene que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres".

26. La Observación General No. 4 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, "interpreta el principio de no discriminación consagrado en el Pacto como fuente de obligaciones positivas de los Estados Partes, en particular con referencia a las medidas especiales para efectos de lograr la igualdad de facto. Es decir que, por haber suscrito dicho instrumento internacional, el Estado ecuatoriano está en la obligación de eliminar las prácticas que constituyan vulneración del derecho a la igualdad, empezando por los funcionarios y funcionarias estatales. El incumplimiento de esta obligación, sea por omisión o por acto, implicará responsabilidades para el Estado, que deberá repetir contra las personas en uso de funciones públicas que se lleguen a relacionar con el presente caso (Art. 11 numeral noveno, incisos 1 y 2).

27. También el Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce los derechos y libertades a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, nacimiento ni cualquier otra condición. Con todo lo anterior, podemos con certeza afirmar que no hay asidero social ni jurídico que impidan la inscripción de Satya Amani con los apellidos Bicknell Rotheron correspondientes a sus madres, que no sea las prácticas patriarcales arraigadas en la mentalidad de funcionarios y funcionarias públicas, mismas que el Estado debe empeñarse en erradicar, como hemos demostrado. Por el contrario, todas las consideraciones expuestas obligan a toda servidora y servidor público a respetar la plena vigencia de las libertades y derechos que aquí se han detallado; a aplicar la norma e interpretación que más favorezcan los derechos fundamentales (Art. 11.5 de la Constitución); y a proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, promoviendo el más amplio ejercicio de derechos de sus miembros, permitiendo así su desarrollo.

D. JERARQUÍA NORMATIVA APLICABLE



28. Con respecto a la seguridad jurídica del artículo 82, justamente negar la inscripción con los dos nombres es lo que produce su quebrantamiento. Como ya fue considerado, la norma superior es la Constitución y las leyes secundarias deben adecuarse a ella, en virtud de la Disposición Derogatoria que, en la parte final de la Norma Fundamental, establece: “El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”. La decisión del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, es inconstitucional, pues el sistema jurídico ecuatoriano, de acuerdo al artículo 425 de la Constitución, establece que este cuerpo legal está sobre las leyes, en este caso la de Registro Civil de 1976. Es decir que la interpretación de esta última norma debe ser adecuada a los principios constantes en el artículo 11 de la Norma Suprema, y demás normas y principios que se han analizado en el presente documento.

IDENTIFICACIÓN CLARA DE LA PRETENSIÓN.

29. Por los antecedentes de hecho, de derecho y científicos expuestos se pueden advertir vulneraciones a derechos humanos de Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, por una disposición de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación al negarse a inscribir a su hija Satya Amani Bicknell Rothon, dado que ninguna de ellas es hombre y de acuerdo a su criterio la legislación ecuatoriana no contempla casos de doble maternidad. Siendo que esta resolución produce un daño inminente al derecho a la identidad de la niña además de otros derechos conexos, así como los derechos de las madres a su orientación sexual libre y voluntaria.

30. Con todas estas consideraciones, interponemos la presente ACCIÓN DE PROTECCIÓN, conforme a lo establecido en el Art. 88 de la Constitución de la República y los Arts. 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para que en sentencia se disponga al señor Director de Registro Civil, Identificación y Cedulación, proceda a la inscripción de la niña Satya Amani Bicknell Rothon, con los apellidos de sus madres Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell.

DECLARACIÓN JURADA

31. Declaramos que no hemos interpuesto otra acción de la misma naturaleza por los mismos hechos y las mismas personas.

DOCUMENTOS DE PRUEBA

32. A fin de demostrar la vulneración de los derechos antes mencionados, nos permitimos adjuntar la siguiente documentación que prueba nuestros argumentos de hecho y de derecho:

- Apostillamiento de la Unión Civil entre Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell.




- Reconocimiento de la Unión de Hecho que mantienen Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, mediante escritura pública.
- Certificado de nacida viva de la niña Satya Amani, suscrito por el Dr. Raúl Mideros Morales, el 8 de diciembre de 2011.
- Oficio de fecha 27 de diciembre de 2011, por el cual las peticionarias Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell solicitan al señor Director General de Registro Civil, la inscripción de su hija Satya Amani con sus apellidos.
- Oficio No. 2012-9-DAJ, suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica, mediante el cual la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, niega la inscripción de Satya Amani con los apellidos de sus madres.


CITACIÓN Y NOTIFICACIONES.

33. Al señor Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se le citará en las dependencias de la institución pública a su cargo, ubicadas en la Av. Amazonas y Naciones Unidas (esquina), en la ciudad de Quito.
34. Notificaciones que nos correspondan, en función de lo previsto en el Art. 8 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las recibiremos en la casilla judicial No. 998 del Palacio de Justicia de Quito, y en el correo electrónico de Carla Patiño Carreño, cpatino@dpe.gob.ec.
35. Por mandato de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, deberá contarse en la presente causa con el señor Procurador General del Estado, a quien se le notificará en las calles Robles 71 y Av. Amazonas.


Dr. Ramiro Rivadeneira Silva
Defensor del Pueblo


Dr. Patricio Benalcázar Alarcón
Adjunto Primero del Defensor del Pueblo




Ab. Carla Patiño
Directora Nacional de Protección de
Derechos Humanos y de la Naturaleza
Defensoría del Pueblo


Ab. José Luis Guerra
Defensoría del Pueblo
Mat. 12237 C.A.P.


Alejandra Soriano Díaz
Defensoría del Pueblo


Helen Louise Bicknell
Madre


Nicola Susan Rothon
Madre

REPUBLICA DEL ECUADOR
www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec

UIC

Juicio No: 17254-2012-0584

Casillero No: 998

Resp: DRA. BETHY MARITZA VALENCIA
GUEVARA

Quito, lunes 21 de mayo del 2012

A: AACIONANTE DR. RAMIRO RIVADENEIRA SILVA, DEFENSOR DEL PUEBLO,
DR. PATRICIO BENALCAZAR, ADJUNTO PRIMERO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO,
AB. CARLA PATIÑO DIRECTORA NACIONAL DE PROTECCION DE DERECHOS
HUMANOS Y DE LA NATURALEZA,
Dr./Ab.:

En el Juicio No. 17254-2012-0584 que sigue AACIONANTE DR. RAMIRO RIVADENEIRA SILVA, DEFENSOR DEL PUEBLO, DR. PATRICIO BENALCAZAR, ADJUNTO PRIMERO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, AB. CARLA PATIÑO DIRECTORA NACIONAL DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA NATURALEZA,, DR. ALFREDO BARRAGAN MEDINA, AMPARO MEDINA GUERRERO POR SUS PROPIOS DERECHOS Y POR LA RED PROVIDA Y FAMILIA DEL ECUADOR, EN CALIDAD DE PETICIONARIOS DE AMICUS CURIAE, SEÑOR PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO O SU DELGADO, SRA KAREN DAILE BARBA ACOSTA DIRECTORA GENERAL EJECUTIVA Y REPRESENTANTE LEGAL DE DESARROLLO HUMANO INTEGRAL en contra de MONTAÑO PRADO JORGE, DIRECTOR GENERAL DEL REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACION Y CEDULACION DEL ECUADOR, hay lo siguiente:

JUZGADO CUARTO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA.- Quito, lunes 21 de mayo del 2012, las 16h19.- VISTOS: Puesto que ha sido en el despacho el proceso debidamente organizado, el mismo que se encuentra en estado de resolver, para hacerlo, se advierte: El Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo, Ab. Carla Gabriela Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, Ab. José Luis Guerra, Alejandra Soriano Díaz, Funcionarios de la Dirección Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, interponen Acción de Protección contra el señor Jorge Montaña Prado, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, teniendo como fundamentos: "... Con fecha 8 de diciembre del 2011, se produce el nacimiento de Satya Amani, en el seno de la familia conformada por Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, quienes llevan juntas por más de diez años y formalizaron su relación en el año 2010 en el Reino Unido mediante Unión Civil y en el 2011 en el Ecuador mediante Unión de Hecho. El 27 de diciembre del 2011, Nicola Susan Rothern y Helén Louise Bicknell, solicitan por escrito al Director General del Registro Civil del Ecuador, se inscriba a su hija Satya Amani Bicknell Rothern con el primer apellido de cada una de ellas, en los libros respectivos. El Director Nacional de Asesoría Jurídica basado en el Art. 32 numeral 5, 33 y 80 de la Ley de Registro Civil y el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, niega la petición mediante oficio N° 2012-9-DAJ de fecha 10 de Enero del presente año, suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo, en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica, considerando que "en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación puterna y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica. Considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados".

Ante esta negativa las peticionarias acuden a la Defensoría del Pueblo para poner sobre la mesa la violación de sus derechos. La institución toma el caso y emprende una acción de protección por considerar que con la decisión de la autoridad mencionada, se está vulnerando los derechos humanos de las peticionarias, contenidos en los artículos 66 numeral 4, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; numeral 9, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual; numeral 28, derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia; y, el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecuencia de sus fines (Art. 67 Constitución) ...". Conforme al Procedimiento Constitucional, se ha convocado a los sujetos de la relación jurídica, señalando día y hora a fin de que se lleve a efecto la Audiencia de Acción de Protección; la misma que se realizó el día 4 de Mayo 2012, a las 10hs39; en la que comparece el Dr. Patricio Vicente Benalcázar Alarcón, la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, en representación de la Defensoría del Pueblo y las accionantes Nicola Susan Rothon y Helén Louise Bicknell; los accionados, Ab. Fausto Rodrigo Flores Ramírez en representación del Registro Civil y el Dr. Bernardo José Crespo Vega, Delegado del señor Procurador General del Estado. Efectuada la audiencia; estando la causa para dictar la Sentencia Resolutiva que en esta fase del proceso constitucional corresponde, en estricto cumplimiento a lo previsto en el literal f) del Art. 76; Arts. 167 y 424, de la Constitución de la República del Ecuador; y, Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, para hacerlo, se considera: PRIMERO: De conformidad con lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es competencia de esta Judicatura el conocer y resolver la Acción de Protección propuesta. SEGUNDO: La presente causa se ha tramitado de conformidad con el Ordenamiento Jurídico Constitucional y Legal vigente, sin que exista omisión de solemnidad sustancial que influya en la decisión, no se advierte nulidad alguna; por lo que se declara su validez. TERCERO: Los peticionarios se encuentran legitimados para interponer Acción de Protección de conformidad con lo previsto en el Art. 86, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; por los accionantes comparecieron a la Audiencia de Acción de Protección, el Dr. Patricio Vicente Benalcázar, la Dra. Carla Gabriela Patiño Carreño, Nicola Susan Rothon y Helén Louise Bicknell; por el accionado compareció el Ab. Fausto Rodrigo Flores Ramírez, en representación del Registro Civil; como Delegado del señor Procurador General del Estado, compareció el Dr. Bernardo José Crespo Vega; los mismos que ofrecieron poder o ratificación por parte de sus representados; quienes dentro del plazo concedido han legitimado sus intervenciones. De acuerdo con el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional han comparecido al proceso y han presentado escritos de Amicus Curiae, los mismos que han sido admitidos al expediente, los ciudadanos: Sara Oviedo Fierro, Alfredo Barragán Medina, Amparo Medina Guerrero, Esther María Arango, Zulay Arévalo, Gil Barragán Romero, Paola Isabel Ortuño Rosales, Alex Estuardo Medina Guerrero, Zoe Barragán Varela, Ángel Rodrigo Izurieta Osorio, Carmiña Varela Rodríguez, Sarai Maldonado Baquero, Karen Daile Barba Acosta, María Cristina Ponce Villacís, Norman Wray Reyes, Soledad Puente, Zelidek Cadena, Cristian Santiago Izurieta Cruz, María Paula Romo, Juan Pablo Morales Viteri, Luis Luna Gaibor, Gabriela Costa. CUARTO: Los accionantes al fundamentar su Acción de Protección, en su pretensión, que fuera ratificada en la respectiva audiencia manifiestan: "... Que Helen y Nicola llevan juntas más de 12 años; que se radican en el Ecuador hace 5 y en el año 2010 legalizan en el Reino Unido su unión mediante unión civil, de igual manera lo hacen con la unión de hecho en el Ecuador. La decisión de formar una familia es parte de su proyecto de vida y conforme a esto, en diciembre del año anterior nace Satya Amani. Alegan que la Constitución del Estado Ecuatoriano, reconoce los derechos de esta familia como lo detallan a continuación, mientras el Registro Civil les niega sus derechos mediante un Acto Administrativo. Afirmando que estos derechos negados constituyen; el Derecho a la Igualdad, por cuanto Helen y Nicola, han sufrido discriminación por su orientación sexual lo que vulnera el principio y derecho a la igualdad, la vulneración del Derecho a la Familia y la protección que el Estado otorga a la misma en sus diversas formas y la vulneración

del Interés Superior de la niña Satya Amani. La prohibición de discriminación está inserta en todos los tratados de derechos humanos y pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Como ya lo han establecido las diferentes Cortes internacionales y reconocido la Legislación Nacional. La Constitución de la República del Ecuador establece la prohibición de discriminación en su Art. 11, 2 y prohíbe cualquier distinción que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. El Comité de Derechos Humanos ha definido la discriminación como: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, la orientación sexual ha sido considerada uno de estos motivos o razones prohibidas. El Acto administrativo del Registro Civil, es una acción del Estado el cual tuvo como resultado la discriminación de Helen y Nicola por ser una pareja homosexual. Ejemplo, como comprendemos de mejor manera este tema, el día de hoy una pareja heterosexual se acerca al Registro Civil a inscribir a su hija y el funcionario o funcionaria no consulta, no pregunta si el recién nacido lleva los genes del hombre que acompaña a esa mujer y le inscribe al niño como hijo de ese hombre y esa mujer. Resulta señor juez que el niño no es hijo de ese hombre, que la mujer había quedado embarazada por métodos artificiales, igual que Nicola, pero juntos constituyen esa familia. En ese caso, el Registro Civil no preguntó, no pidió pruebas de ADN, no se entrometió en la vida de esa familia, ¿Cuántos hombres han reconocido hijos como suyos cuando biológicamente no lo son? ¿Cuántos casos de esos conocemos cada uno de nosotros?. Si la pareja que Nicola elegía hubiera sido hombre, con o sin unión de hecho, el Registro Civil no hubiera dudado en inscribir a la niña. Sin importarle en ese caso la "seguridad jurídica de la real filiación paterna" que pudiera estar en riesgo. La pareja que Nicola eligió es mujer y por esto su familia fue discriminada y desprotegida a pesar de que su decisión, orientación sexual, está protegida por la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales. En este caso se configura claramente un menoscabo de derechos por opción sexual, discriminación que como hemos mencionado está prohibida por nuestra Constitución y otros Instrumentos aplicables. El Registro Civil alega que la Ley no contempla la doble maternidad (Ley del año 1978). La Constitución en su artículo 11, numeral 3, establece que "... Los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial ...". Y que "... no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento ...". En este sentido, los funcionarios del Registro Civil, que son servidores públicos debieron aplicar la Constitución sin opción a alegar falta de Ley inferior. En el presente caso, el Registro Civil no ha esgrimido razones de orden constitucional, no ha determinado qué derecho y de qué persona se está afectando a fin de poder determinar si la medida es proporcional. Como vemos, el Acto Administrativo que hoy impugnamos adolece de fundamento constitucional y de derechos; es contrario a la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, puesto que menoscaba derechos sin un fin legítimo necesario ni proporcional. Como segundo derecho vulnerado, se refiere a la Protección que el Estado debe a la Familia. El Art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, expone: "... La familia es el elemento fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la Sociedad y del Estado ...". Cómo reconoce el Ecuador a la familia: La Constitución ecuatoriana (Art. 67) reconoce a la familia en sus diversos tipos y obliga al Estado a garantizar condiciones que permitan la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Por su parte, el Art. 68 establece: "... La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio...". Así también, el Art. 24 del Código Civil determina que un niño procreado en una unión de hecho se entenderá como hijo de la pareja. Esto ya fue reconocido por el Ecuador en el año 2008, no está en duda ni discusión. Cuando hablamos de las familias constituidas por un hogar de hecho, implica que existan vínculos

afectivos y de responsabilidad, apoyo mutuo. La Corte Interamericana ha definido que al existir convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva estamos hablando de una familia, independientemente de los vínculos jurídicos. En el Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que: Al decidir si una relación puede considerarse como vida familiar, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios. De este modo, no existe modelo ideal de familia, únicamente un estereotipo que no responde a la realidad actual, estructura que no garantiza los derechos de los integrantes de la familia, pues es precisamente en esas estructuras que se han reportado la mayor cantidad de casos de violencia intrafamiliar, de modo que en manera alguna se puede hablar de modelo de familia. Helen y Nicola viven juntas y han demostrado una relación duradera, incluso mayor que muchos matrimonios, mas de 12 años. Se han planteado un proyecto de vida juntas el mismo que incluye tener hijos e hijas, de manera que han buscado el cómo hacerlo realidad. Están comprometidas por igual con el cuidado de Satya, en definitiva, que se cumplen los parámetros fácticos de familia, por lo que al Estado le corresponde tan sólo reconocer esa realidad, que no va a cambiar por la decisión que usted, señor juez, tome en el caso, pero sí se restringirán drásticamente los derechos de Satya si se decide que no se inscriba como hija de ambas. En cualquier lugar y contexto, tener dos personas al cuidado de una niña es mucho mejor que tener una sola. Satya quedaría desprotegida, huérfana ante la Ley si algo le ocurriera a Nicola, cuando en la práctica tiene otra madre que se puede hacer cargo de ella; así también, si el día de mañana Helen decide irse del hogar, Satya no tendría derecho a percibir alimentos de ella, aún cuando es su hija; tampoco podría Helen ir a retirar a Satya de su escuela, entre otras muchas dificultades, entre las cuales están sus derechos sucesorios, su derecho a viajar, a conocer a su familia extendida por parte de Helen, mismos que reconocen a Satya como parte de la misma, de modo que se lesiona su derecho a la identidad por desconocer a su familia como tal. Esta es una familia, hecho innegable, familia con vínculos de hecho como lo considera nuestra Constitución, que continuarán desarrollándose cuidándose y queriéndose independientemente de las decisiones estatales, sin embargo Satya a quien debemos un interés superior se verá disminuida en sus derechos si el Estado no reconoce su doble maternidad. Las familias homoparentales no son una mera posibilidad, constituyen una realidad social desde hace años. En el presente caso y en cualquier otro, siempre será mejor que un niño o niña tenga dos personas responsables de ella que solo una. Como ya se mencionó los vínculos de hecho entre Satya y su familia no van a cambiar pero sus derechos y posibles consecuencias pueden afectarla. No existe en este caso otras personas a quienes se les esté conculcando derechos, sin embargo la posibilidad de que solo una persona se haga cargo de una niña cuando pueden ser dos, ve disminuidos sus derechos. La gravedad de la no inscripción de niñas y niños en el Registro Civil y cómo ello provoca una serie de continuas violaciones de derechos humanos que se prolongan en el tiempo ha sido analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No es deseable que el Ecuador sea observado por los Tribunales Internacionales por menoscabar derechos, más bien debemos constituirnos en ejemplo de protección de los mismos y demostrar a la comunidad internacional que podemos resolver nuestros problemas internamente, observando cabalmente los derechos fundamentales de todas las personas, en una sociedad inclusiva que respeta y protege la diversidad. Nicola no es madre soltera, tiene un documento legal y válido y no tomó la decisión de concebir a Satya sola. Las dos madres son responsables de la niña de igual forma y Satya no tiene una sola madre, tiene dos y el Estado debe reconocerlas. En el nuevo contexto jurídico del Ecuador, corresponde a las autoridades atender más a la realidad que a lo legal, de modo que prime la justicia ...". QUINTO: Se anexa a la Acción de Protección la siguiente documentación en la que los accionantes fundamentan sus pretensiones jurídicas: 1) Fojas 14 a 17, copia simple de la Inscripción de Unión Civil entre Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, realizada el 25 de Septiembre 2010 en la Dirección del Registro Civil del Condado de Buckinghamshire, Registro Civil de Wycombe. 2) Fojas 18, copia simple del Informe

Estadístico de Nacido Vivo, a nombre de Bicknell Rotheron. 3) Fojas 19, copia simple del certificado otorgado el 26 de Diciembre 2011 por el Dr. Raúl Mideros Morales, del nacimiento de una mujer en perfectas condiciones ocurrido el 8 de Diciembre 2011. 4) Fojas 20, compulsas de la petición presentada el 27 de Diciembre 2011, por Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell, ambas de nacionalidad inglesa, unidas mediante Unión Civil de 25 de Septiembre 2010 en el Reino Unido y reconocida la Unión de Hecho ante el Notario Público Vigésimo Octavo del Cantón Quito, de 24 de Noviembre 2011, mediante la cual solicitan al Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, la inscripción de su hija nacida viva el 8 de Diciembre 2011. 5) Fojas 21 a 22, consta el oficio de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación No. 2012-9-DAJ de 10 de Enero 2012, suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo, Director Nacional de Asesoría Jurídica, Acto Administrativo que señala la improcedencia de inscripción de la menor Satya Amani, con los primeros apellidos de las señoras Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell, por no contemplar la legislación ecuatoriana duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento. 6) Fojas 24 a 32, la primera copia certificada del protocolo del Acta Notarial de Unión de Hecho entre Nicola Susan Rotheron y Helen Louise Bicknell, protocolizada en la Notaría Vigésimo Octavo del cantón Quito. SEXTO: Por su parte el accionado en la respectiva audiencia en torno a la Acción de Protección iniciada en su contra, expresa: "... Se ha manifestado enfáticamente por parte de los medios de comunicación que se ha negado el Derecho al Registro de Nacimiento de la menor Satya Amani, sin embargo me remito al universo procesal y específicamente al acto impugnado constitucionalmente, constituido por el Acto Administrativo de negativa de inscripción, me refiero a su texto, en el cual usted puede leer que se niega la inscripción en los términos solicitados, es decir haciendo constar una doble filiación materna, porque esto es lo que buscaban las accionantes, pero la menor no solo que puede sino que debe ser inscrita por su madre biológica con su apellido, por lo que se no se ha negado en ningún momento la inscripción en los términos tangenciales, potestades o absolutos que sugiere la pareja; ... La pretensión de esta acción está constituida por 4 derechos fundamentales o constitucionales, sobre los que tiene que discutirse y resolverse: Derecho a la Identidad, Derecho a la Igualdad Formal y Material, Derecho de Filiación y Principio o Derecho de Supremacía Constitucional, con sus correlativos conceptos de violación y estructura. Y estos derechos son personales no familiares, aún cuando su importancia impacte o afecte a toda la familia, son personales, motivo por el cual usted señor Juez no podría exceder la pretensión de los sujetos procesales, es decir debe descartar de plano y conducir el debate previniéndolos y precautelando la discusión en torno a los derechos de la niña y no de la pareja, contrario a lo que sugiere permanentemente la prensa que ha querido ver en este problema jurídico un problema no de la niña sino de la pareja. Por cierto, en caso de que usted decida resolver alguno de los derechos de "la pareja" tendría que necesariamente abrir el debate en torno a dicho derecho y ampliar la pretensión, porque siendo fiel al principio de concordancia práctica, en relación con principio de congruencia y el de proporcionalidad, debería agotar el debate garantizando los derechos de defensa de ambas partes, no podría no agotar el debate sobre estos y luego en su sentencia incluirlos, eso no es conveniente desde el punto de vista del Derecho Procesal Constitucional y desde el punto de vista del Derecho a la Igualdad Formal y Material en el desarrollo del proceso. En teoría constitucional las normas jurídicas se clasifican en tres tipos, estos tres tipos de normas están presentes en todo enunciado normativo, uno puede tomar cualquier código, ley, reglamento, instructivo, Constitución, Tratado Internacional, declaración de derechos y hasta sentencias judiciales y son valores, principios y reglas, dentro de los principios se encuentran los derechos, las garantías y las libertades, por lo que usted señor juez descartará de plano la posibilidad que sugieren las demandantes de ponderar entre la garantía constitucional de protección a las familias de diverso tipo y las reglas de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación y de otras leyes conexas relativas al Derecho de Filiación y al de Identidad, porque solamente se puede ponderar en el mismo nivel normativo y específicamente solo en el nivel de principios, los valores no se ponderan por su extremada abstracción y las reglas no pueden ser ponderadas porque ellas aprovechan el criterio de preferencia de aplicación por su refinado contenido normativo y

porque a ellas no se aplica el principio de concordancia práctica. Entonces la clave en éste juicio es que usted señor Juez diferencia todas las normas que han citado las demandantes y las agrupe como valores, principios y reglas y así los términos de la conversación constitucional van a simplificarse, el tema de las reglas es sencillo porque están en la visión estructural de los derechos, que pasaré a explicar a continuación; se conciben siempre como garantías de los derechos fundamentales. Asimismo usted señor juez encontrará que existen principios o derechos no humanos necesariamente, sino de carácter político o sistémico y le pongo dos ejemplos concretos: El de seguridad jurídica y el de supremacía constitucional que están en juego en este proceso y la pregunta es ¿pueden ser ponderados principios constitucionales de diverso contenido? Si, entonces si usted decide favorecer los derechos de la teoría del caso de las demandantes, tendrá que pronunciarse necesariamente sobre los derechos o principios que respaldan la teoría del caso de la defensa, su obligación de hacerlo está fundada: 1) En el iura novit curia constitucional consagrado en el Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; 2) en el principio de igualdad formal y material que se aplica también procesalmente; y, 3) en el concordancia práctica que precede y actúa conjuntamente con el de proporcionalidad ... La pretensión de las accionantes consiste en una declaración de violación de 4 derechos constitucionales: Igualdad Formal y Material, Prohibición de Discriminación bajo el entendido de que en otros casos se ha aceptado que un hombre que no es el padre del recién nacido comparezca y participe del acto de inscripción como si lo fuera, figurando en lo sucesivo de esta forma y que en el caso de la pareja homosexual, por el hecho de ser tal el Registro Civil ha negado la inscripción, generando una discriminación por razones de homofobia. Sobre esta base las accionantes sugieren que se invierta la carga de la prueba, dado que este es uno de los casos en que así debería procederse, correspondiendo a la Institución pública probar que el relato de los hechos no se corresponde con los mismos. Frente a éste argumento manifiesto lo siguiente: Las normas aplicadas por el Registro Civil para negar la inscripción de la menor con los apellidos de la pareja no son heteroaplicativas y por tanto susceptibles de ser aplicadas de diverso modo, como dicen las accionantes "por motivos discriminatorios", desde un punto de vista sistemático, tomando en cuenta todo el ordenamiento jurídico, porque si bien es cierto que las normas invocadas en la Resolución son en su mayoría de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, también existen normas que expresamente se refieren a "padre y madre", "paternidad y maternidad" y "hombre y mujer" en el Código Civil, en la Ley de Unión de Hecho y en la propia Constitución. El conjunto de normas relativas al asunto en todo el ordenamiento jurídico le dan sentido a las normas de la Ley de Registro Civil y se trata de un sentido inequívoco, en el caso de que un hombre aún sin ser el padre de una criatura comparece como tal y realiza un reconocimiento voluntario el acto es lícito, pero lo propio no ocurre cuando comparece una mujer para figurar como padre o como una segunda madre, no porque exista discriminación en la aplicación de la norma, la cual sería imputable a la Administración Pública sino porque la discriminación existe legalmente y no solo en una ley sino en varias, por lo que correspondería iniciar una acción de inconstitucionalidad y no ejercitar una acción ordinaria de protección. En este punto no hay que perder la prudencia jurídica al apreciar el concepto de igualdad, estamos discutiendo el derecho a la igualdad de la niña en este juicio y no el derecho a la igualdad de reconocimiento y protección de la pareja homosexual frente al de parejas heterosexuales. Continuando, si usted señor Juez considera invertir la carga de la prueba, lo idóneo hubiera sido aplicarla en el auto de citación de la demanda y su procedencia debe ser discutida en ésta audiencia, sin embargo me permito adjuntar al proceso un certificado extendido por el Director Nacional de Cedulación de la Institución para acreditar la generalidad y uniformidad con la que se aplica la Resolución 277 del 11 de septiembre del 2012 contentiva de la prohibición de ingresar al sistema de datos a la unión de hecho como estado civil, es decir se aplica igualmente a parejas heterosexuales y homosexuales. Derecho de Filiación bajo el argumento de que de conformidad con el Art. 24 del Código Civil se establece la filiación por el hecho de haber nacido la criatura en el seno de una unión de hecho legalmente constituida y que al existir el reconocimiento legal de su unión se ha violado el derecho a la filiación de la niña. Frente a esto manifiesto que el derecho a la filiación ya posee un contenido legal y

constitucionalmente protegido y parte de ese contenido es la pareja heterosexual y que no sería conveniente alterar la estabilidad jurídica del ordenamiento entero en un caso concreto si la filiación está concebida de esta forma, por otra parte el mismo Art. 24 que mencionan las accionantes en su primer inciso orienta la lectura de todo su contenido y dice: "... y se establecen las correspondientes paternidad y maternidad ...", refiriéndose a "hombre" y "mujer" y finalmente lo que usted puede observar señor Juez es que en el pie de firma, ambas accionantes constan como madres de la menor y su petición es que ambas consten como madres de la niña, inclusive la solicitud administrativa es en el sentido de obtener una doble filiación materna, por lo cual llamo la atención a usted sobre un aspecto, el estado civil es un derecho y ser hijo de alguien es un estado civil de conformidad con el Código Civil, por tanto lo que buscan es que usted declare una doble maternidad, declare a Saily Amani hija de ambas y en este sentido lo que buscan es la declaración de un derecho, el derecho de estado civil, incurriendo en la causal de improcedencia de la acción ordinaria de protección prevista en el Art. 42.5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Derecho de Identidad bajo dos argumentos: El primero que se negó la inscripción de la niña; y, el segundo que parte de la identidad de la niña es el estado civil de su progenitora. Frente a esto manifiesto: Primero, el Registro Civil no negó la inscripción de la niña sino en los términos solicitados esto es con una doble filiación materna, con lo cual queda descartado parcialmente este argumento, la madre biológica puede en cualquier momento inscribir a su hija con sus apellidos, siempre ha podido hacerlo y siempre podrá de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, pero lo que ella quiere es inscribir a su hija también con el apellido de su pareja y ello no es procedente; y, segundo que no puede ingresarse el estado civil de su madre de "unión de hecho" por efecto de la Resolución Administrativa 277 de 11 de septiembre del 2011, y aún si pudiera ingresarse ello no significaría que la pareja de la madre biológica deba constar como madre de la niña, ello es un extremo que carece de asidero legal y constitucional. Finalmente considero indispensable acotar que se tome en cuenta el contenido constitucionalmente protegido del "derecho a la identidad", el Art. 66.28 de la Constitución se refiere a las características materiales e inmateriales de la identidad de consuno, es decir conjuntamente, por lo que deberá tomarse en cuenta que ni las unas ni las otras pueden anularse mutuamente, imponerse o desarticular a las otras, ambas tienen que ser garantizadas, lo que nos conduce a la pregunta de si ¿una persona de sexo femenino puede tener una psique masculina o viceversa?. Y la respuesta es que si, la siguiente pregunta es si ¿la psique es objeto de protección constitucional?. Si dado que es parte de la integridad personal, en efecto es un fin constitucionalmente válido y la siguiente pregunta es ¿para quién tiene valor esta distinción?. Para la pareja de la progenitora más no para la niña, porque la composición de la identidad de la niña no puede ser pretexto de proteger la independencia o desvinculación psíquica de la pareja de su progenitora de su sexualidad física, dejar de lado las características materiales de su identidad marcadas por la filiación materna única y la filiación paterna que existe sin duda, se ha alegado que hay un contrato de donación de espermatozoides pero su valor debe ser discutido y las accionantes no entregan la información y no permiten la discusión respecto de este hecho, definitivo en esta parte del juicio. Supremacía Constitucional bajo el argumento de que el Registro Civil estaba obligado a aplicar directamente principios constitucionales para garantizar la vigencia de la norma constitucional de garantía de protección a las familias de diverso tipo que consta en los Arts. 67 y 68 de la Constitución, ante lo cual manifiesto que en el ordenamiento jurídico existen principios constitucionales de tipo humano y de tipo fundamental y estos últimos incluyen entre otros los de tipo político, que tiene por finalidad cohesionar el sistema jurídico, como el de seguridad jurídica previsto constitucionalmente en el Art. 82 de la Carta Magna, según el cual los derechos y garantías constitucionales prevalecen sobre la base de leyes previas, claras y aplicadas por las autoridades públicas competentes, de lo cual se deduce que los principios constitucionales se aplican cuando existen lagunas axiomaticas o vacíos normativos, porque si existen leyes previas y claras estas deben ser aplicadas prioritariamente, dado que en caso contrario cada servidor público y cada juez hicieran lo que les viniera en gana, en otro polo lo que correspondería ejercitar es una acción de inconstitucionalidad (Art. 75 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional) o una cuestión de constitucionalidad (Art. 428 Constitución) si la ley en últimas es inícuo. Con estos antecedentes, dado que se ha incurrido en las causales de improcedencia de la acción comprendidas en el Art. 42.1, 42.3, 42.4 y 42.5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicito que se declare la improcedencia de la acción y que se deseché la demanda por carecer de fundamento técnico, aclarando finalmente que el principio rector del amparo constitucional, de las tutelas o de las protecciones constitucionales denominado "principio de suplencia de queja deficiente", cuya expresión consta en la norma del inciso final del Art. 10 ibídem, faculta al Juez para suplir las deficiencias de la demanda con el fin de admitirla a trámite, debiendo el juzgador replantear el problema constitucional en el auto de admisión de aquélla, pero no faculta al juzgador a favorecer en la argumentación jurídica, la conducción del Derecho Procesal incluyendo la disposición de pruebas a la parte accionante, aclaro que de obrar en este sentido so pretexto de un malentendido y poco técnico garantismo constitucional acusaremos la violación del derecho a la igualdad formal y material en el desarrollo del proceso, en nuestro perjuicio ante la Corte de Apelación y eventualmente ante la Corte Constitucional, el Juez debe ser imparcial en la cuestión de fondo. SEPTIMO: El Delegado del señor Procurador General del Estado, en su intervención en la Audiencia de Acción de Protección, expresa, que: "... las accionantes en su libelo de la Acción de Protección señalan que el Director Nacional del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador en su Oficio No. 2012-9-DAJ de 10 de Enero 2012, por el cual da contestación a su solicitud, habría violado tres derechos constitucionales, a saber: el Derecho a la Igualdad Formal y Material y Prohibición de Discriminación, el Derecho a la Libertad de Orientación Sexual y el Derecho de la Identidad de Satya Amani, que incluye el derecho a nombre y apellido, a una familia y su interés superior; y, por último, el Derecho de Filiación de la menor neonata. Previo a analizar cada una de estas supuestas violaciones de derechos constitucionales, recordemos; primero, cual fue el pronunciamiento que dio el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General del Registro Civil a la petición que formularon las dos ciudadanas inglesas sobre que se le inscriba a la neonata, que se llamará Satya Amani, como hija de ambas mujeres, en calidad de madres de la niña: "... en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor Satya Amani en los términos solicitados...". Respecto al derecho a la igualdad formal y material y prohibición de discriminación, La respuesta dada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil tiene como sustento el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador, aplicar la normativa de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, cumplir y aplicar la Ley no constituye vulneración al derecho a la igualdad, tampoco trato discriminatorio. Las normas de la Ley antes mencionada, las del Código de la Niñez y Adolescencia y del Código Civil, gozan de la presunción de constitucionalidad, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del Art. 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En el supuesto de que alguna norma de estos cuerpos legales estuviese en contradicción con alguna norma constitucional, el órgano competente para declarar su inconstitucionalidad es la Corte Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el Art.436, numeral 2 de la Constitución. En cuanto a este derecho trae a colación, en calidad de jurisprudencia comparada a nivel internacional, la Sentencia No. C-221, dictada el 29 de Mayo de 1992, por la Corte Constitucional de Colombia, que nos puede ilustrar perfectamente sobre lo que se debe considerar como la esencia del principio de igualdad material y formal, dice esta sentencia: "... El principio de la igualdad es objetivo y no formal; en él se predica la identidad de los iguales y la diferencia entre desiguales. Se supera así el concepto de igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente formación a supuestos distintos ...". El Art. 69 de la Constitución prescribe que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: "...1) Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección

de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. 4) El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa. 5) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos ...". El Registro Civil al precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, está protegiendo el derecho que tendría la menor impúber de conocer, algún día, quién es su padre; el Art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia consagra y reconoce como uno de los derechos fundamentales de los niños el "... Conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes ...". Este hecho no ocasiona, en lo más mínimo, que haya un discrimen en razón de la orientación sexual que tiene su madre biológica, Nicola Susan Rothon. Hay que notar que podría eventualmente existir un conflicto de derechos de la menor y de su madre biológica. Sobre el derecho a elegir libremente su orientación sexual. El discrimen o trato desigual al que se menciona en la demanda, se refiere a que la Dirección de Asesoría Jurídica del Registro Civil, les impidió la inscripción del nacimiento de la niña con los apellidos de dos madres. Esta negativa nada tiene que ver con la preferencia sexual de las accionantes y que ello sea la causa para tal negativa. La negativa se basa en el cumplimiento de la Ley. Su orientación sexual es un asunto que no es materia de esta acción. Las accionantes han ejercido plenamente su derecho a elegir libremente su orientación sexual, garantizado en la Constitución en su Art. 66 numeral 9 e inclusive esto se evidencia en el texto de la demanda, además las dos ciudadanas accionantes han constituido una unión de hecho, prevista en la Constitución en su Art. 68. En cuanto al derecho de la identidad de Satya Amani, que incluye el derecho a nombre y apellido a una familia y su interés superior. El Estado Ecuatoriano, a través del Registro Civil, Cédulación e Identificación no ha negado el derecho constitucional de identidad a la menor neonata. El Código de la Niñez y Adolescencia, en sus Art. 33, 34, 35 y 36 determina los diferentes elementos que componen el derecho a la identidad. Ningún funcionario o servidor público ha negado el derecho a la ciudadana Nicola Susan Rothon, madre de la niña Satya Amani, de que la inscriba con este nombre a su hija. Nuestro sistema jurídico históricamente estipula que los apellidos que llevamos junto a los de nuestros nombres personales se intercalan siendo el primero el apellido paterno y luego el apellido materno y así uno tras el otro, en razón al parentesco de consanguinidad que hay entre cada uno de los progenitores y su hijo o hija. Podemos afirmar perfectamente que consanguinidad significa "con la misma sangre" o "de la misma sangre" o "sangre de mi sangre", es decir que los hijos llevamos el apellido de nuestro padre y de nuestra madre porque somos "de la misma sangre" o somos "sangre de la sangre de ellos". La menor impúber es hija de Nicola Susan Rothon, es decir, las dos: madre e hija, son de la misma sangre, por eso deben llevar el mismo apellido, así lo determina expresa y claramente nuestra legislación. Qué es o qué representa la ciudadana Helen Louise Bicknell para la niña que se llamará Satya Amani? La respuesta es nada, esta ciudadana inglesa no tiene ningún parentesco ni de afinidad, peor de consanguinidad. Helen Louise Bicknell es simplemente la pareja de Nicola Susan Rothon, que en el mes de noviembre del año 2011, formalizaron ante un Notario del cantón Quito su unión de hecho y que de acuerdo a lo dispuesto en el segundo inciso del Art. 222 del Código Civil deben esperar dos años, a partir de esa fecha, para que nazca o se conforme una sociedad de bienes, por mantener una unión monogámica y estable. El derecho de filiación y a una familia. La Constitución de la República, en el Art. 67 reconoce a la familia en sus diferentes tipos. En el Ecuador, como en todos los países latinoamericanos, por el fenómeno de la migración, la familia tradicional formada por papá, mamá y sus hijos se vio desintegrada y nacieron nuevas figuras o tipos, así tenemos las familias conformadas entre: abuelos y nietos; entre tíos y sobrinos o entre el padre o la madre soltero o abandonado por su pareja y su hijo o hija. De conformidad con el "informe estadístico de nacido vivo", del INEN, que en copia simple se adjunta a esta acción, la señorita Nicola Susan Rothon, dio a luz, el 8 de diciembre de 2011, a la menor impúber que se llamará Satya Amani. Este hecho –que una madre soltera dé a

luz- no es, ni será, ni el primero, ni el último que suceda en nuestro país, por esta razón, el Código de la Niñez y Adolescencia, previó a esta posibilidad, en el inciso segundo del Art. 36, ordena: "... Cuando se desconozca la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor ...". Por su parte, los Arts. 29 y 34 de la Ley General de Registro Civil y Cédulación, prescriben: "... Art. 29.- Prueba sobre el nacimiento.- El hecho del nacimiento, para ser inscrito en el registro civil, se probará con el "informe estadístico de nacido vivo", autorizado por el médico, obstetra o enfermero que atendió el parto. A falta de atención de estos profesionales, el informe se llevará en base a la declaración de dos testigos. Art. 34.- Reconocimiento al inscribir.- La declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos, o por un mandatario ...". Todas las mujeres que en el Ecuador han dado a luz, en el transcurso de la historia hasta la actualidad y que han sido o son madres y han tenido que realizar la inscripción del nacimiento de su hijo, en forma individual, sin el concurso del padre del niño, lo han inscrito con los apellidos de ellas. Por lo tanto, el no proceder de esta manera sería ir contra norma expresa, es decir violar la Ley. Queda demostrado de manera clara que no existe vulneración de los derechos constitucionales que señalan las accionantes ...".

OCTAVO: Corresponde al Juzgador examinar si la Acción de Protección presentada, tiene sustento constitucional, para ello es indispensable determinar si las cuestiones planteadas en la demanda y las contestaciones a ella se enmarcan en la vía de Acción de Protección, prevista en el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, al respecto el citado artículo, prevé: "... Art. 88.- Objeto de la Acción de Protección. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación ..."; Norma Constitucional que guarda relación con lo que establece el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "... Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado ...". De los textos constitucionales y de las normas singularizadas, se establece de manera concluyente que la Acción de Protección es procedente cuando de manera simultánea y unívoca, concurren los siguientes presupuestos: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio, 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías, 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías, 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo, 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona. Un acto de autoridad pública es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. NOVENO: Para efecto del examen del caso, resulta pertinente remitirse a los presupuestos en los que se sustenta la Acción de Protección; al respecto, los legitimados activos presentan Acción de Protección en contra del Sr. Jorge Montaña Prado, Director General de Registro Civil, Identificación y Cédulación, al haberse

negado la petición escrita de inscripción de la menor Satya Amani, con el primer apellido de cada una de las solicitantes, Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell; lo cual les fue comunicado mediante oficio No. 2012-9-DAJ de 10 de Enero 2012, suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo, en calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica, que en lo principal señala: "... en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica, considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados ...". En sus fundamentos de hecho, en lo principal señalan que: "... con la decisión de la autoridad mencionada, se están vulnerando los derechos humanos de las peticionarias, contenidos en los artículos 66 numeral 4, derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; numeral 9, el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual; numeral 28, el derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familiar; y, el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos para garantizar la consecución de sus fines (Art. 67 Constitución) ...". En los fundamentos de derecho citan la Constitución de la República del Ecuador, Arts. 67, 69 numeral 7, 66 numeral 2, 11 numerales 2 y 5; Código Civil Arts. 24, 62, 248; Código de la Niñez y Adolescencia Art. 96, Convención de los Derechos del Niño Art. 8, Ley de Registro Civil Art. 28 numeral 5. DECIMO: Más allá de analizar los derechos que se dicen fueron vulnerados por el Acto Administrativo emitido por el Director de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, precisa examinar el Acto Administrativo emitido, a fin de establecer si se trata de una cuestión constitucional; para ello nos remitiremos al Acto Administrativo en sí, vale decir proveniente de Autoridad Pública No Judicial, que constituye el Oficio de la Dirección de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación No. 2012-9-DAJ de 10 de Enero 2012, suscrito por el Ab. Vinicio Astudillo Palomo, Director Nacional de Asesoría Jurídica, Acto Administrativo que señala la improcedencia de inscripción de la menor Satya Amani, con los primeros apellidos de las señoritas Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, por no contemplar la legislación ecuatoriana duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento; Acto Administrativo contra el cual se ha propuesto la presente Acción de Protección. El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, al referirse al Acto Administrativo, en el Art. 65 prevé: "... Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa ...". Respecto de lo cual cabe advertir, que el Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: "... Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial ..."; lo cual guarda relación con el Art. 23 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; el referido precepto constitucional prevé la posibilidad de impugnar los Actos Administrativos tanto en la vía administrativa como en la vía judicial (impugnación de doble vía). De igual forma la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 42 numeral 4, (Improcedencia de la Acción de Protección), para proceder en materia constitucional, determina que cuando el Acto Administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada y eficaz, no procede la Acción de Protección de Derechos. El Acto Administrativo objeto de la Acción de Protección emana del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil; el Art. 28 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación determina el o los funcionarios ante quien se realiza la inscripción de nacimiento; el Art. 13, establece las atribuciones del Departamento de Asesoría Jurídica, entre las que no se encuentra negar la inscripción de nacimiento, en el mejor de los casos entre sus atribuciones está emitir su dictamen en torno a la inscripción de nacimiento; dictamen legal que debe ser analizado por el Jefe del Registro Civil, para emitir la respectiva Resolución; ya que es éste el funcionario público facultado para inscribir el nacimiento de una persona, será este funcionario entonces quien niegue por los argumentos que considere, la inscripción de nacimiento de un infante. En la especie, el objeto de la Acción de Protección y ante la negativa

emitida por funcionario no competente para ello, con mayor razón se debió seguir la vía administrativa y presentar la respectiva petición ante el señor Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación; y, de persistir la negativa, incluso se debió hacerlo ante el señor Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; y, aparte de ello, la Vía Administrativa continúa, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo; al respecto la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en su Capítulo I, al tratar del Ejercicio de la Jurisdicción, señala: "... Art. 1.- El recurso contencioso- administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante ... Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos ... Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad ...". El Art. 5 de la citada Ley, define cuando un Acto Administrativo causa estado: "... Art. 5.- Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación. La administración obra en ejercicio de sus facultades regladas cuando debe ceñir sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo. Se presume establecido el derecho en favor del recurrente, cuando la disposición que se cree infringida reconoce ese derecho ...". La Resolución emitida por el Director de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación, claramente no ha causado estado, de ahí que al existir impugnación por doble vía, es evidente que se debió continuar con la impugnación en la vía judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, con sede judicial. No se desconoce que las normas constitucionales son de directa e inmediata aplicación pero también es evidente que la Acción de Protección debe referirse a una cuestión constitucional, como queda analizado; el Acto Administrativo materia de impugnación, no ha causado estado en la vía administrativa y lo que es más ni siquiera se ha intentado la impugnación en la vía judicial, esto es ante el Tribunal Contencioso Administrativo; la Garantía Constitucional de Acción de Protección si bien fue instituida a fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, no es menos cierto que impugnar un Acto Administrativo mediante Acción de Protección, sin intentar las otras dos vías de impugnación, constituiría un abuso de la Acción de Protección y se constituiría en una desmesurada forma de conseguir resoluciones afines a sus intereses; sin que esas resoluciones hayan seguido los procedimientos pertinentes. El Ecuador es un estado de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; cuyo más alto deber es respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador; más bajo este precepto legal no se puede saltar los mecanismos legales, a fin de conseguir el reconocimiento de esos derechos; aquello constituiría un incumplimiento de deberes que como conciudadanos y sujetos de derechos, nos obligamos recíprocamente para con este Estado en el denominado contrato social. En la especie, es evidente que la Acción de Protección no se trata de una cuestión constitucional, se trata de un Acto Administrativo del que no se ha impugnado mediante las vías prescritas en la misma Constitución de la República del Ecuador. Por las consideraciones antes expuestas, sin que sea necesario el formular otras, el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA, Resuelve INADMITIR la Acción de Protección planteada por los señores, Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, Dr. Patricio Benulcalzar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo, Ab. Carla Gabriela Patiño

Carreño, Directora de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo de Ecuador, legitimada para solicitar la interposición de Garantías Constitucionales; Ab. José Luis Guerra, Alejandra Soriano Díaz, funcionario y funcionaria de la Dirección Nacional de la Protección de la Defensoría del Pueblo de Ecuador, Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell; en razón a que el Acto Administrativo de la Dirección Nacional General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, expedido por el Director Nacional de Asesoría Jurídica, mediante Oficio No. 2012-9-DAJ, en Quito el 10 de Enero 2012; es susceptible de ser impugnado en la vía judicial, vía adecuada y eficaz, contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Se deja a salvo el derecho de los accionantes para acudir ante los Jueces Competentes a deducir el reclamo que consideren pertinente. Ejecutoriada que sea esta sentencia, se remitirá a la Corte Constitucional, en atención a lo prescrito en el Art. 25, numeral 1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. NOTIFIQUESE f).- DR. VICENTE ALTAMIRANO JACOME, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

DR. JOSE BENIGNO
SECRETARIO



CHUWENA Y UNCO (33)



SEÑOR JUEZ CUARTO DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA.

Recurso de Apelación dentro de la ACCIÓN DE PROTECCIÓN No. 0584-2012.

Solicitante.

Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo de Ecuador comparezco ante usted con la presente apelación a la sentencia en la acción de protección No. 0584-2012, sustanciada en su Juzgado, manifestando lo siguiente:

Accionado.

2. Director Nacional del Registro Civil, Identificación y Cedulación, señor Jorge Montañó.

Fundamentos de derecho sobre recurso de apelación.

Fundamentación formal.

3. El numeral tercero del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador en su parte pertinente señala "...Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución".
4. De la misma manera el artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador determina: "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos de derechos humanos y a la ley".
5. Así mismo el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que: "Las partes podrán apelar en la misma audiencia o tres días hábiles de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial ... La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos el término se suspende y corre a partir de la audiencia".




afines a sus intereses; sin que esas resoluciones hayan seguido los procedimientos pertinentes. El Ecuador es un estado de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico; cuyo más alto deber es respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador; más bajo este precepto legal no se puede saltar los mecanismos legales, a fin de conseguir el reconocimiento de esos derechos; aquello constituiría un incumplimiento de deberes que como conciudadanos y sujetos de derechos, nos obligamos recíprocamente para con este Estado en el denominado contrato social".

9. Con la finalidad de que se comprenda la gravedad de la estipulación judicial nos permitimos hacer un análisis para futuros casos y en el presente en especial por la seriedad de las vulneraciones de derechos constitucionales en las que se incurre. El artículo 6 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales determina: "*Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la **protección eficaz e inmediata** de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación...*". De la misma manera al definir la acción de protección se determina que la misma: "*... tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos...*". Más allá de evidenciar lo obvio, relacionado a la finalidad de precautelar la plena vigencia de derechos, es necesario hacer algunas apreciaciones que no son tomadas en cuenta en las consideraciones de la sentencia.
10. Debemos recordar que el juez constitucional debe guiar su decisión en virtud de los derechos que debe precautelar, cuestión que no sucede en ningún momento a lo largo de la sentencia; en ese sentido, en el artículo 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales se determinan los principios de la justicia constitucional, donde resalta el principio de la aplicación más favorable, la optimización de los principios constitucionales y la **obligación** de administrar justicia constitucional.
11. En ese sentido, no podemos desentendernos tampoco de los métodos de interpretación constitucional definidos en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo y que se deben a la aplicación del principio de proporcionalidad; donde se debe entender que la norma a ser aplicada para la protección de derechos debe proteger un fin constitucionalmente válido, debe ser además idónea y necesaria para garantizarlo. Así mismo, la ponderación de derechos que

reconocimiento de derechos, misma que se subsana con la creación de procesos que son de competencia excluyente de jueces constitucionales. Es decir, la autoridad competente para determinar la plena vigencia de derechos humanos en este caso es del juez constitucional; mismo que tiene el deber de preponderar las normas de la Constitución sobre normas secundarias y declarar la vigencia de derechos.

Petición Concreta.

1. Señor Juez Cuarto de garantías Penales, sirvase remitir el presente recurso de apelación con el expediente correspondiente a la causa número 0584-2012, a la Corte Provincial de Pichincha, conforme ley.
2. Conforme al artículo 86, numeral tercero de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 24 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicitamos se revise la sentencia y se ordene la inscripción de la niña Satya Amani Bicknell Rothern con los apellidos de sus madres, por ser su derecho constitucional, conforme a lo que establece el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, y los artículos 39 en adelante de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
3. Nos ratificamos en todos los argumentos de hecho y de derecho presentados en la demanda; así como también, en los expuestos en la respectiva audiencia pública de la ACCION DE PROTECCIÓN, cuya sentencia apelamos.
4. Notificaciones que nos correspondan, en función de lo previsto en el Art. 8 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se recibirán tanto en la casilla judicial No. 998 del Palacio de Justicia de Quito, como en el correo electrónico de la Abogada Carla Patiño Carreño: cpatino@dpe.gob.ec


Dr. Ramiro Rivadeneira Silva.
DEFENSOR DEL PUEBLO DE ECUADOR

QUITO, 12 DE AGOSTO DE 2012

Presenta y SEAS (66)

Dentro de la acción de protección signada con el No. 223-12-V.C., propuesta por Ramiro Rivadeneira - Defensor del Pueblo en contra del Director General del Registro Civil, se ha dictado lo siguiente:

Señor: *Ab. Carla Patiño*
 Doctor: *Dr. Ramiro Rivadeneira*
 Casillero: *998*
JUEZ PONENTE DRA. CARMEN ZAMBRANO



CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.- TERCERA SALA

GARANTIAS PENALES.- Quito, 9 de agosto de 2012.- Las 16h40.- **VISTOS:** Avocan conocimiento de la presente acción los Drs. Carmen Zambrano Semblantes y Patricio Navarrete Sotomayor, como Jueces Titulares de la Sala. El Defensor del Pueblo interpone recurso de apelación de la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, el 21 de mayo de 2012 (fs. 608 a 627), mediante la cual se inadmite la acción de protección planteada por el hoy recurrente.

ANTECEDENTES

El Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; Ab. Carla Patiño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, legitimada para solicitar la interposición de Garantías Jurisdiccionales, conforme a lo dispuesto en los Arts. 11 numeral 3; 215 numeral 1 de la Constitución del Ecuador, y Art. 9 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Ab. José Luis Guerra, Alejandra Soriano Díaz, funcionarios de la Dirección Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, conforme consta del acta de posesión y respectivas acciones de personal que obran de fojas 7 a 11 del proceso, ("los accionantes", "los recurrentes"), señoras Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, ("las peticionarias") interponen acción de protección contra el Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, pues el 27 de diciembre de 2011, las peticionarias solicitaron por escrito al Director General de dicha institución, que inscriba a su hija Satya Amani con el primer apellido de cada una de ellas en los libros respectivos (esto es, con los apellidos Bicknell Rothon). El Director Nacional de Asesoría Jurídica, basado en el artículo 32 numeral 5, 33 y 80 de la Ley de Registro Civil, y el artículo 82 de la Constitución, niega dicha petición mediante oficio número 2012-9-DAI de 10 enero 2012, considerando que "en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna, y en virtud de que nuestra legislación no contempla la duplicidad de filiación materna en una inscripción de nacimiento, esta Dirección de Asesoría Jurídica considera que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados". Ante la negativa, las señoras Rothon y Bicknell han acudido a la Defensoría del Pueblo para poner sobre la mesa la violación de

sus derechos. La institución ha tomado el caso y ha incoado esta acción de protección por considerar que, con la decisión de la autoridad mencionada, se están vulnerando los derechos humanos de las peticionarias y de la menor Satya Amani, contenidos en la Carta Magna, en los artículos 66 numeral 4 (derecho a la igualdad formal y material y no discriminación); numeral 9 (derecho tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual), numeral 28 (derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido y familia) y el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos (artículo 67 de la Constitución). En calidad de amici curiae, han comparecido las siguientes personas e instituciones en apoyo de la acción:

- a) (fojas 35 y 36) Secretaría Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, mediante oficio número CNNA-SEN-2012-0372-OF de 14 de marzo de 2012, que en lo principal manifiesta que "... la doctrina de protección integral trae consigo un conjunto de principios que protegen y garantizan el pleno ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, entre estos principios está el principio de interés superior del niño, reconocido por nuestra Constitución en el artículo 44...". Respecto a las normas aplicables al caso, resalta la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 3.1, (obligación de atender al interés superior del niño); artículo 66 numeral 28 de la Constitución, que reconoce el derecho a la identidad; el artículo 45 respecto al derecho a la integridad física y psíquica, identidad, nombre y ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes, en concordancia con el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y artículo 69 de la Constitución respecto de la protección a la familia. Por lo expuesto solicita que se acepte la acción de protección en garantía de los derechos de la niña Satya Amani.
- b) De fojas 44 a 47 obra el escrito de Sarai Maldonado Baquero, representante legal de la Coordinadora Juvenil por la Equidad de Género, quien en lo principal manifiesta que el Registro Civil ha irrespetado el derecho de libertad de las accionantes para formar una familia y para ser reconocidas como madres, independientemente de su orientación sexual; ha discriminado a las accionantes y no ha respetado su derecho a la intimidad personal y familiar; ha discriminado a la hija de las peticionarias al negarle su doble filiación materna; no ha actuado conforme al principio de interés superior del niño, privando a la menor del derecho a la identidad y, potencialmente de otros derechos que están relacionados



con el mismo, y ha incumplido con el mandato constitucional que le obliga a ser garante de los derechos constitucionales y la aplicación directa de la Constitución establecido en sus artículos 11 numeral 3 y 426.

- c) De fojas 51 a 64 obra el escrito de la Fundación Causana, en apoyo a la acción de protección, argumentando que si bien la Constitución ha concedido el derecho a la adopción únicamente las parejas de distinto sexo, "no ha negado a las parejas del mismo sexo... el ejercicio del derecho a la maternidad o paternidad a través de la reproducción humana asistida y, por ende, dicha filiación debe ser reconocida legalmente." Cita el artículo 68 la Constitución que reconoce la unión de hecho de dos personas, sin establecer el sexo; el artículo 66 numeral 9 respecto al derecho a tomar decisiones libres sobre la sexualidad su vida y orientación sexual, el numeral 10 sobre el derecho a decidir sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuando y cuantos hijos e hijos tener; el artículo 69 numeral 6 sobre la igualdad de derechos de los hijos sin considerar antecedentes de filiación o adopción, y el numeral 7 sobre la prohibición de exigir la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento; artículo 11 numeral 5 sobre la aplicación de la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos; el artículo 426 sobre la aplicación directa de las normas constitucionales; artículos 2.1 y 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en concordancia con el artículo 11 numeral 2, y 66 numeral 4 de la Constitución; artículo 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; artículo 5 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) sobre la obligación de los Estados Parte, de respetar los derechos establecidos en dicha convención sin distinguir la condición del niño, y garantizar la protección contra toda forma de discriminación; artículo 66 numeral 20 de la Constitución (en concordancia con el artículo 11.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) sobre la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y protección de la honra y de la dignidad; artículo 3 de la Convención sobre los Derechos Del Niño respecto a la consideración primordial al interés superior del niño, en relación al derecho a la identidad, nombre y relaciones familiares de la menor Satya Amani.
- d) De fojas 73 y 74 consta el oficio número 103-NW de 25 abril 2012 suscrito por el doctor Norman Wray, por sus propios derechos y como Concejal del Distrito

Metropolitano de Quito, Presidente de la Comisión de Equidad y Género. En esta intervención se cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH") sobre el caso Atala Rizzo y Niñas vs Chile donde aparece una interpretación más amplia del concepto de familia y al mismo tiempo ratifica el principio de interés superior del niño, explicando que "cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros".

- e) De fojas 84 a 86 consta la intervención de la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género que en lo principal indica que en el caso ha habido una vulneración a la Constitución por discriminación por orientación sexual.
- f) De fojas 100 a 104 obra el escrito de la Dra. María Paula Roino, quien en lo principal alega que se considere en esta causa el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Señala que la Constitución reconoce la familia sus diversos tipos por lo que la familia de las peticionarias merecen protección estatal; por otra parte, no se podría afirmar, sin incurrir en discriminación, que la filiación procede sólo para las familias heteroparentales. Advierte de no considerar este hecho como una adopción, ya que esta sólo procede por: i) orfandad respecto de ambos progenitores; ii) imposibilidad de determinar quiénes son los progenitores o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad; iii) privación de la patria potestad a ambos progenitores; y, iv) consentimiento del padre, la madre, o de ambos progenitores, según corresponda, que no hubieren sido privados de la patria potestad (artículo 158 del Código de la Niñez y Adolescencia). Aduce que en el caso particular no se está ante ninguna de estas cuatro causales.
- g) De fojas 65 a 72, obra la intervención del abogada María Cristian Ponce quien en lo principal indica que la Constitución determina la prohibición de restringir el contenido de las garantías constitucionales; la Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional confirma la necesidad de interpretar las normas constitucionales en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los



derechos reconocidos en la Constitución; el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los jueces competentes, que ampare a la persona contra los actos que violen sus derechos fundamentales, lo que guarda relación con lo dispuesto en los artículos 86 y 88 la Constitución, y con el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por último cita la opinión consultiva 16 de la "CIDH" sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal para asegurar que los justiciables disfruten de un verdadero acceso a la justicia y se beneficien de un debido proceso.

- h) De fojas 119 a 124 consta la intervención de la Abogada Gabriela Costa, quien en lo principal apoya la acción de protección por cuanto el artículo 24 del Código Civil presume la filiación del hijo o hija nacido/a dentro de una unión de hecho, como es este el caso. Indica que la menor ha sido reconocida en su país de origen con el apellido de ambas madres, pero no aporta prueba al respecto.

En calidad de amici curiae, solicitando que la presente acción sea desechada, han comparecido:

- a) A fojas 42 obra la intervención del Dr. Alfredo Barragán Medina, Amparo Medina Guerrero, por sus propios derechos y por los que representa en la Red Provida y Familia del Ecuador; Esther Arango por sus propios derechos y por los de Viñedos de Raquel Ecuador; Zulny Arévalo, por sus propios derechos y por los de la Fundación Acción Provida; Dr. Gil Barragán Romero; Paola Isabel Ortuño y otros, quienes solicitan intervenir en el proceso como parte coadyuvante al accionado, pues su negativa de inscribir a la niña con los apellidos de sus madres, estaría apegada a derecho y beneficia a la sociedad ecuatoriana. De fojas 94 a 99, los intervinientes indican que se deben reconocer el derecho de la menor a la identidad, nombre y ciudadanía, y el derecho a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (artículo 45 de la Constitución). Señalan que el derecho a la identidad lo tienen los seres humanos desde el mismo momento de su concepción; este derecho comprende el derecho al nombre que implica tanto nombre como apellido, el primero es escogido libremente por los padres, el segundo, no. Los apellidos se imponen por ley, porque expresan la realidad de la filiación. Sólo quien es hijo de otro -natural o adoptivo- tiene derecho a usar su apellido. La filiación es un

asunto de orden público ecuatoriano. La Constitución establece tres caminos para determinar la filiación: i) por la unión natural de los sexos distintos: quienes nacen fuera del matrimonio, o de la unión de hecho pueden ser reconocidos por sus padres reales; ii) por nacer dentro del matrimonio, que sólo puede darse con sexos distintos (artículo 67 numeral dos de la Constitución); iii) por concebirse dentro de una unión de hecho, concepción que sólo puede darse cuando dicha unión la forman personas de sexos distintos. No puede olvidarse que la menor tiene derecho a conocer quiénes son sus verdaderos progenitores, lo cual se vería conculcado si a la niña se le pone el apellido "... de una señorita que nada tiene que ver con el origen de la menor". Por lo tanto, concluyen alegando que no existe discriminación. Además solicitan la nulidad de lo actuado por falta de curaduría dativa ya que no se ha nombrado a alguien que en esta acción proteja los derechos de la menor conforme lo estipulado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

- b) Fojas 88 a 93 consta la participación del Dr. Santiago Izurieta, que en lo principal manifiesta que en la acción falta legítimo contradictor, pues es dirigida contra el señor Jorge Montaña Prado, Director General del Registro Civil, cuando el acto administrativo emana del Director de Asesoría Jurídica de dicha Institución, abogado Vinicio Astudillo, sin que una autoridad administrativa pueda responder por las actuaciones de otra autoridad administrativa. En suma la acción está dirigida contra un funcionario del cual no emanó el acto impugnado. Los accionantes no han demostrado la supuesta violación, ya que ésta radica en la menor de edad y no en sus madres. El artículo 82 de la Constitución consagra el derecho a la seguridad jurídica, y la presente acción estaría violando dicho derecho. Resalta que a la menor Satyu Amani le asisten todos los derechos constitucionales y legales, principalmente su condición de hija de su padre biológico, a quien no se le ha tomado en cuenta en esta acción constitucional. Los derechos que sobre el estado civil y los que derivan de su condición de hija no son transigibles ni siquiera por su madre (artículos 332, 2352 y 2354 del Código Civil). La acción constitucional no se la hace a nombre de la menor, sino por los supuestos derechos conculcados a las peticionarias. Concluye indicando que las accionantes han confundido la acción de registro de nacimiento, con la de adopción, la misma que está prohibida por la Constitución en los casos de parejas del mismo sexo, por tanto solicita se inadmita la acción planteada.



- c) De fojas 106 a 111 obra la intervención del Dr. Luis Luna Gaibor, quien principal indica que la acción planteada es improcedente en virtud del artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues el acto administrativo materia de la acción bien pudo haber sido impugnado en sede administrativa ante la misma Dirección General del Registro Civil, mediante los recursos de reposición o apelación. Señala que las disposiciones pertinentes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, determinan un término preclusivo para que la autoridad administrativa resuelva el recurso planteado; de no haber esta resolución, se entendería de puro derecho que la petición ha sido atendida favorablemente. En consecuencia, existiría una vía administrativa más expedita y directa ante la cual pudieron haber acudido las peticionarias. Además, la acción es improcedente porque conlleva la declaración de un derecho (artículo 42 numeral 5 LOGJCC); es decir, de aceptar la acción en los términos planteados, se estaría consagrando el derecho para que las personas pudiesen inscribir a sus hijos con los apellidos que tengan a bien, y las parejas homosexuales puedan "adquirir" menores e inscribirlos con los apellidos de sus respectivos compañeros o compañeras sentimentales del momento. Indica que no ha sido violado el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 66 numeral 4 C.E.) ya que las peticionarias han sido consideradas de la misma forma que los demás ciudadanos ajustando su petición a la normativa legal vigente, que dice relación al nacimiento y filiación de un ser humano, a quien para estos efectos se lo debe considerar con los apellidos de sus progenitores, es decir sus padres biológicos. Tampoco se han violado sus derechos a tomar decisiones, sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, (artículo 66 numeral 9 C.E.), ya que el oficio impugnado se refiere a la situación jurídica de filiación de una niña, lo que nada tiene que ver con la situación personal e inclinación sexual de los solicitantes. Tampoco se ha violentado el derecho a la identidad personal que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados libremente escogidos (artículo 66 numeral 28 C.E.), pues primero, este es un derecho que le asiste a la niña y que la autoridad administrativa no lo ha negado sino simplemente ha indicado que la solicitud presentada por las peticionarias debe ajustarse a la normativa vigente, lo cual estaría en concordancia con el artículo 32 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, artículos 33, 35 y 36 del Código de la Niñez y

Adolescencia, respecto al derecho a la identidad, identificación, y normas para la identificación respectivamente donde se indica que los menores deben ser inscritos con los apellidos paterno y materno que les corresponda; y si se desconoce la identidad de uno de los progenitores, el menor llevaría los apellidos del progenitor que le inscribe sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor. Indica que el artículo 68 de la Constitución, al amparar la unión de hecho, lo hace bajo las condiciones y circunstancias señaladas en la ley; es decir, la norma suprema deja que sea la ley la que regule y norme las condiciones y circunstancias para que se perfeccione y reconozca el hogar de hecho. Por su parte, el artículo 222 del Código Civil consigna como unión de hecho aquella estable y monogámica de un hombre y una mujer. Entonces, si la norma excluye a las uniones homosexuales, le correspondería a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición, y no el funcionario público que se encuentra compelido a acatar. Por último, aduce la falta de legítimo contradictor, pues la acción está dirigida contra el Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, cuando el acto administrativo impugnado emanó del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Dirección de Registro Civil. Esta violación procesal constituye una violación constitucional de los artículos 75, 76.1 y 76.7 literal a) de la Constitución.

El 4 mayo de 2012 se ha llevado a cabo la audiencia de acción de protección (fojas 112 a 118) donde los accionantes han manifestado que las peticionarias Helen y Nicola llevan juntas más de 12 años. Se han establecido en Ecuador hace cinco y en el año 2010 legalizan en el Reino Unido su unión mediante unión civil. Igualmente, han realizado una unión de hecho en Ecuador. La decisión de formar una familia es parte de su proyecto de vida y conforme a esto en diciembre de 2011, nace Satya Amani. La Constitución ecuatoriana reconoce los derechos de esta familia. La vulneración de los derechos por los que se ha planteado esta acción, son divididos en tres partes sustanciales: a) la discriminación sufrida por las peticionarias por su orientación sexual (derecho a la igualdad); B.) la vulneración del derecho a la familia y la protección que el Estado debe dar a la misma, y c) la vulneración del interés superior de la niña Satya Amani. **Con respecto a la discriminación:** la Constitución prohíbe la discriminación en su artículo 11 numeral 2 y prohíbe cualquier distinción que tenga por objeto resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio de los derechos. La discriminación se ha



definido como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en determinados motivos", siendo la orientación sexual una razón prohibida. Esta prohibición ha sido consignada en la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2008. Por su parte, la opinión consultiva número 18 de la "CIDH", ha señalado que los estados deben abstenerse de realizar acciones que creen situaciones de discriminación, y deben adoptar medidas para revertir situaciones discriminatorias. El acto administrativo del Registro Civil es producto de una acción discriminatoria contra las peticionarias, pues si una pareja heterosexual se acercase a dicha Institución a inscribir a su hija, el funcionario no preguntaría si el recién nacido lleva los genes del hombre que acompaña esa mujer, y simplemente inscribiría al niño como hijo de dicho hombre. Por tanto, se configura un menoscabo de derechos por opción sexual. La Constitución en su artículo 11 numeral 3 señala que los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo judicial, sin que se pueda alegar falta de norma para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción o negar su reconocimiento. Por tanto, los funcionarios del Registro Civil no podían alegar que la ley no contempla la doble maternidad. El artículo 424 de la Constitución establece que los actos del poder público deben guardar conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos de la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El Registro Civil se abstiene de inscribir a la menor porque la ley no contempla la duplicidad de filiación materna. El objetivo de este acto administrativo debe ser el proteger un derecho fundamental, para justificar la restricción de otro derecho fundamental. En este caso no se evidencia qué derecho y de qué personas se vería restringido por la inscripción de la niña como hija de sus dos madres. **Respecto de la protección de la familia:** el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece a la familia como elemento fundamental de la sociedad y garantiza su protección. El artículo 67 la Constitución reconoce la familia y sus diversos tipos. El artículo 68 reconoce los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, para aquellas unidas en vínculo de hecho. El artículo 24 del Código Civil determina que un niño procreado en unión de hecho, se entiende

como hijo de la pareja. La "CIDH" ha definido que al existir convivencia, contacto frecuente y cercanía personal y efectiva existiría una familia, independientemente de los vínculos jurídicos. El artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone favorecer el desarrollo del núcleo familiar. En el caso X, Y y Z vs Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH"), siguiendo el concepto amplio de familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia. Las peticionarias se han planteado un proyecto de vida juntas, el mismo que incluye tener hijos, y cumplen con los parámetros fácticos de familia, por lo que al Estado le corresponde reconocer esa realidad. El artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño establece el compromiso de preservar la identidad del niño incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares sin inferencias ilícitas. **Respeto al interés superior de la menor:** de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, asegurará el ejercicio pleno de sus derechos y atenderá al principio de su interés superior, y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. El artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, también contempla el principio de interés superior. En este caso no existen otras personas a quienes se les esté conculcando derechos; sin embargo, la posibilidad de que sólo una persona se haga cargo de una niña, cuando pueden ser dos, ve disminuidos sus derechos (de la menor). En el caso Atala Riffo vs Chile la decisión de la Corte puede ilustrar en relación a este caso. Nicola no es madre soltera ni tomó la decisión de concebir sola, son las dos madres las responsables de la niña de igual forma. El Director del Registro Civil, por intermedio de su abogado manifiesta que el presente juicio versa sobre derechos de la niña, no de la pareja. El Registro Civil ha negado la inscripción en los términos solicitados por las peticionarias, esto es, que tenga una doble filiación materna. El delegado del señor Procurador General del Estado manifiesta que el pronunciamiento que dio el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil tiene como sustento el ordenamiento jurídico ecuatoriano; cumplir y aplicar la ley no constituye una vulneración derechos igualdad ni tampoco un trato discriminatorio. En el supuesto de que alguna norma legal estuviese en contradicción con la norma constitucional, el órgano competente para declarar su inconstitucionalidad es la Corte Constitucional según el artículo 436 numeral 2 de la Constitución. El artículo 69 numeral 1 de la Constitución promueve la maternidad y paternidad responsables con la obligación de la madre y el padre de cuidar, criar, educar,

Sentencia uno
(71)

alimentar y proteger el derecho de sus hijos. El numeral cuatro del mismo artículo establece la protección a las madres y los padres que sean jefes y jefas de familia; el numeral cinco señala que el Estado debe promover la corresponsabilidad materna y paterna y el cumplimiento de deberes y derechos recíprocos entre madres, padres e hijos. El Registro Civil, al precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna está protegiendo el derecho que tendría la menor de conocer algún día quien es su padre, derecho que se encuentra en concordancia con el artículo 21 del Código de la Niñez y Adolescencia. Este hecho no ocasiona discriminación alguno. Se hace notar que podría existir un conflicto de derechos de la menor y de su madre en el caso, y se invoca la falta de tutor ad litem durante el desarrollo de la acción. Sobre el derecho a elegir libremente la orientación sexual, el delegado de la Procuraduría indica que el impedimento de inscripción del nacimiento de la niña con los apellidos de dos madres no tiene que ver con la preferencia sexual de aquellas, sino con el cumplimiento de la ley. Antes bien, han ejercido su derecho a elegir su orientación sexual garantizado en el artículo 66 numeral 9 de la Constitución, e inclusive han constituido una unión de hecho. Respecto al derecho de la identidad de Satya Amani, que incluye el derecho a nombre y apellido, indica que el Estado no ha negado tal derecho, y cita el artículo 35 del Código de la Niñez y Adolescencia, entre otros, donde se establece el derecho de los menores a ser inscritos con los apellidos paterno y materno que les corresponda. Cita también el artículo 36 del mismo cuerpo normativo que manifiesta que si se desconoce la identidad de uno de los progenitores, el menor llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho obtener el reconocimiento legal del otro progenitor. Manifiesta que ningún funcionario le ha negado el derecho a Nicola Susan Rothon a que inscriba a su hija con el nombre Satya Amani. Nuestro sistema jurídico establece que los apellidos se intercalan luego de los nombres, siendo el primero el apellido paterno y luego el materno, y así uno tras otro, en razón al parentesco de consanguinidad. Se puede afirmar que consanguinidad significa "con la misma sangre" o "de la misma sangre". Así, la menor es hija de Nicola Susan Rothon, siendo madre e hija de la misma sangre, y por eso deben llevar el mismo apellido. Que representa la señora Helen Bicknell para la menor? La respuesta es nada, pues no tiene ningún parentesco ni de afinidad ni de consanguinidad, solo es la pareja de Nicola Susan Rothon, con quien ha formalizado su unión de hecho en noviembre de 2011, y que de acuerdo al artículo 222 del Código Civil, debe esperar dos años para que nazca o se conformen una sociedad de bienes. Respecto al derecho de filiación y una familia, el artículo 67 la Constitución reconoce a la familia en sus

diferentes tipos. El artículo 34 de la ley General de Registro Civil dice que la declaración al momento de inscribir el nacimiento, tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuera hecha personalmente por el padre o por la madre, o por ambos, o por un mandatario. Todas las mujeres que han dado luz en el Ecuador han sido o son madres y han tenido que realizar la inscripción de nacimiento de su hijo en forma individual, sin el concurso del padre del niño, y lo han escrito con los apellidos de ellas. Manifiesta que la acción de protección no cumple con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sino que las accionantes confunden la acción constitucional de protección con acción ordinaria judicial. Si creen que el acto impugnado es ilegal, deberían acudir al Tribunal Contencioso Administrativo. El artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional obliga que las accionantes demuestren que se ha violado un derecho constitucional, no simplemente dar una enunciación de artículos de la Constitución; y también requieren probar que no existe otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para proteger su derecho violado. Para el caso que nos ocupa la vía contencioso administrativa sería expedita. Lo que se alega en la demanda son aspectos de mera legalidad y además, lo que expresamente piden las accionantes es el reconocimiento de un derecho, es decir piden que se les reconozca el derecho a ser madres, lo que desnaturaliza la acción de protección, por lo que esta se halla incurso en las causales de improcedencia determinadas en los numerales 1, 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que la acción debe ser rechazada.

IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

Los legitimarios activos son: El Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; Ab. Carla Patiño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, Ab. José Luis Guerra, Alejandra Soriano Díaz, funcionarios de la Dirección Nacional de Protección de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, señoras Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, y como persona afectada estaría la menor Satya Amani. Los legitimados pasivos son: el señor Jorge Montañón Bravo, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador.

DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

En en el libelo de demanda se indica que se han vulnerado los siguientes artículos de la Constitución: 11 numeral 2 y numeral 5, 67, 69 numeral 7, 66 numeral 20, y artículo 8 de

Setenta y dos
(72)

la Convención sobre Derechos del Niño, en relación con la protección a la familia y la filiación; Artículo 66 numeral 28 de la Constitución y artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, respecto al derecho a la identidad de la menor. Artículo 66 numeral 4 y numeral 9, 68, 11 numeral 2, numeral 5, numeral 9 incisos uno y dos, artículos 1, 2, 5 y 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos respecto al derecho a la igualdad formal y material y prohibición de discriminación.

JUSTIFICACIÓN PROCESAL DE LA VERACIDAD DE LOS HECHOS AFIRMADOS EN LA ACCIÓN.

- 1) Copias certificadas del acta de posesión y nombramientos de los legitimados activos que intervienen por parte de la Defensoría del Pueblo (fs.7 a 11)
- 2) Copias simples de los pasaportes de las señoras Bicknell y Rothon (fojas 12 y 13);
- 3) Copia simple de la traducción de la copia certificada y respectiva apostilla de la unión civil celebrada por las peticionarias en el condado de Buckinghamshire, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (fojas 14 a 17);
- 4) Copia simple del informe estadístico de nacido vivo del INEC por el que consta que la menor Satya Amani ha nacido el 8 de diciembre de 2011, en la provincia de Pichincha, cantón Pedro Moncayo, parroquia de Malchingui, habiendo sido su madre Nicola Susan Rothon (fojas 18);
- 5) Copia simple del certificado extendido por el doctor en medicina Raúl Mideros Morales, de 26 de diciembre de 2011, del que se desprende que la Sra. Nicola Susan Rothon ha dado a luz en su domicilio a una mujer en perfectas condiciones, el día 8 diciembre del presente año. Igualmente, la pareja de la señora Rothon, Helen Louise Bicknell habría estado presente durante la labor de parto y fue quien canceló los honorarios profesionales médicos (fojas 19).
- 6) A fojas 20 obra la petición de las señoras Rothon y Bicknell dirigida al Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, de 27 de diciembre de 2011, solicitando se inscriba a la menor con los apellidos Bicknell Rothon y se les establezca a ambas como madres en la inscripción.
- 7) A fojas 21 obra el oficio número 2012-9-DAJ de 10 de enero de 2012 suscrito por el abogado Vinicio Astudillo Palomo, Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil, que en lo principal indica que no es procedente inscribir el nacimiento de la menor SATYA AMANI en los términos solicitados por las peticionarias;

Uuella 1 2017 (16)

- 8) Copia simple de una carta de la Embajada Británica, en inglés (fs. 23).
- 9) de fojas 24 a 32 obra la primera copia certificada de la protocolización del acta notarial de unión de hecho entre Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, de 24 de noviembre de 2011, otorgada ante el notario 28º del Cantón Quito, Dr. Jaime Andrés Acosta Holguín.

CONSIDERACIONES

PRIMERO: Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación propuesto por los accionantes, en virtud de lo dispuesto en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador. **SEGUNDO:** En la tramitación del recurso de apelación, se han observado las garantías básicas del derecho al debido proceso, por lo que se declara la validez de la misma. **TERCERO:** El Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, dice: *"La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas, cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos, impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación"*. La acción de protección, se constituye en una garantía primordial de protección de derechos fundamentales, entendidos por tales, aquellos que constan en la Constitución, en los Tratados y Convenios Internacionales, así como los que se derivan del principio de dignidad humana. Dicha protección debe gozar de un carácter preferente y sumario, a fin de que pueda alcanzar sus objetivos de protección, tanto cautelar como tutelar. El artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ("LOGJCC") en su numeral tercero, señala como requisitos para presentar una acción de protección, la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Como se evidencia del proceso, por la categoría de los derechos invocados y la necesidad de su ponderación, a la luz del artículo 3 numeral tercero de la "LOGJCC", no se puede concluir que la acción contencioso administrativa sea la vía adecuada para reclamarlos, sino la acción constitucional, discrepando la Sala en este punto, sobre la sentencia venida en grado. **CUARTO:** El artículo 11 de la "LOGJCC" ordena que cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona, el



juez deberá notificar a la persona afectada. En este caso, como lo ha indicado la Defensoría del Pueblo en su libelo de demanda (fojas 2 vuelta a 4), así como en la audiencia (fojas 113 vuelta y 114), se debe considerar como persona afectada a la menor Satya Amani. El delegado del señor Procurador del Estado, durante la audiencia (fojas 114 vuelta) hace notar que podría existir un conflicto de derechos entre la menor y su madre biológica, por lo tanto pone sobre el tapete la necesidad de que en esta acción se cuente con un tutor ad litem, e indica que existe una amplia jurisprudencia sobre la importancia de que se cuente con esta clase de curadores en los procesos judiciales, donde estén involucrados los intereses o derechos de los menores, bajo pena de nulidad. Si bien este señalamiento se encuentra amparado por el artículo 743 del Código de Procedimiento Civil, su artículo 34 establece que el hijo menor de edad puede ser representado por su madre, si se halla bajo su patria potestad. De conformidad con el artículo 4 principio número 7 de la "LOGJCC", el juez tiene el deber de adecuar las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, sin sacrificar la justicia por la omisión de formalidades. Considerando que la señora Nicola Rothon es la madre de la menor agraviada; que no es un punto controvertido que la menor se encuentra bajo su patria potestad; que se ha presentado también como accionante en este proceso, y que se encuentra también como legitimado activo el señor Defensor del Pueblo, quien tiene como atribución constitucional la defensa de los derechos de los habitantes del Ecuador (artículo 215 de la Constitución), esta sala considera que no hay lugar a la excepción de nulidad del juicio por falta de curador ad litem de la menor Satya Amani. **QUINTO:** A la demanda, los accionantes han presentado copia simple de la copia certificada de la inscripción de la unión civil y su respectiva apostilla, así como la copia simple de la traducción de este documento, efectuada por la señora Clare St. Lawrence (fojas 14 a 17); sin embargo, estos documentos forman parte habilitante de la protocolización del Acta Notarial de unión de hecho que obra de fojas 24 a 32, por lo que se encuentran debidamente actuados. Igualmente han presentado una copia simple del informe estadístico de nacido vivo y del certificado del médico que colaboró en el parto de la señora Nicola Rothon. La Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional número 496, publicada en el Registro Oficial 47 de 25 de marzo de 2003, respecto a la acción de amparo presentada por los señores Ángel y José Sarango contra el Alcalde de Valencia, en su considerando cuarto, no admite la prueba actuada en copia simple, por contravenir el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil (hoy Art. 117), así como el artículo 125 (hoy Art. 121) del mismo cuerpo legal. Por su parte, la Resolución del

Tribunal Constitucional número 101, publicada en el Registro Oficial 171 de 17 de septiembre de 2003, de la misma Segunda Sala, respecto a la acción de amparo interpuesta por el señor Enrique Villamarín y otros contra el Presidente del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, en su considerando sexto, indica que la prueba de la legitimación activa debe constar en copia certificada; sin excepción; pero con respecto al resto de pruebas, indica que al tratarse el amparo de una acción de protección y defensa de derechos fundamentales, hay que ser flexibles respecto a la presentación de copias simples, "si las circunstancias lo requieren". En el presente caso, la Sala considera que cabe esta flexibilidad, dada la categoría del accionante como Defensor del Pueblo, quien se encuentra actuando en razón de sus atribuciones constitucionales; sin embargo, la Sala es del parecer que esta misma flexibilidad no es aplicable a la carta de la Embajada Británica, que obra de fojas 23, toda vez que no ha sido debidamente traducida, lo cual se hace imprescindible, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución, que establece el castellano como idioma oficial del Estado, en concordancia con el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil. **SEXTO:** Los recurrentes han basado su acción en 3 partes: el derecho a la igualdad formal y material y no discriminación; la vulneración al derecho a la familia y su protección, y la vulneración al interés superior de la menor Satya Amani, en relación con el derecho a la familia y a la no discriminación. De conformidad con el escrito de amicus curiae presentado por el Dr. Norman Wray (fs. 74), que cita el párrafo 22 del voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez en la sentencia Atala Rizzo y Niñas vs. Chile, que a su vez cita la observación general No. 19 del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 27 de julio de 1990, vale la pena rescatar lo siguiente: *"...en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, ... los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros"*. El artículo 67 de la Constitución reconoce a la familia "en sus diversos tipos", se constituye por vínculos jurídicos o de hecho, pero deja en claro que el matrimonio comprende una unión heterosexual. En concordancia con lo citado, el Art. 68 consagra la unión de hecho entre dos personas libres de vínculo matrimonial, bajo las condiciones que la ley señale.



Concede la adopción solo a parejas heterosexuales. Por lo tanto, la Constitución que existen varios tipos de familia (aunque no indica cuáles); estas familias pueden tener vínculos jurídicos o de hecho, y respecto al grado de protección que concede, se remite a la ley, que para el caso, sería el Código Civil. Así, la protección constitucional a la familia, no es absoluta, sino sujeta a la ley en el caso de la unión de hecho, y limitada a parejas heterosexuales cuando se trate de matrimonio y adopción. La minuta de solemnización de la unión de hecho que obra de fojas 24 y que es parte de la Protocolización efectuada en la Notaría Vigésimo Octava del cantón Quito, en el numeral 1.4 dice: "Fundamento la presente solicitud en lo dispuesto por el artículo 18 numeral 26 de la Ley Notarial que establece que son atribuciones de los Notarios: Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil." A pesar de que el mencionado artículo consagra como unión de hecho a aquella heterosexual, el Notario Vigésimo Octavo ha solemnizado la unión homosexual de las peticionarias. El oficio número 2012-9-DAJ, del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, no impugna la validez de la protocolización del Acta de Unión de Hecho, ni la desconoce para fundamentar su negativa de inscripción, de tal manera que no se podría concluir que en este contexto, los derechos a la igualdad y no discriminación o a la vida privada y familiar hayan sido violados. SEPTIMO: La Fundación Causana, que se ha presentado como amicus curiae, acertadamente hace hincapié en que la Constitución no ha negado a las parejas homosexuales el ejercicio de la maternidad o paternidad a través de la reproducción asistida, por lo que la filiación, en estos casos, debe ser reconocida. En efecto, el oficio impugnado no niega la inscripción de la menor Satya Amani como hija de Nicola Susan Rothon, ni impugna el derecho de maternidad de quien es la madre biológica (esta maternidad no ha sido controvertida tampoco durante el proceso), sino que se abstiene de considerar a Helen Bicknell como una segunda madre. De esta manera, no se puede decir que se ha conculcado el derecho a la familia, a la vida familiar o a la intimidad personal y familiar de la señoras Rothon y Bicknell. Sin embargo, este alegado derecho a la segunda maternidad, será analizado con mayor profundidad en el considerando noveno. OCTAVO: El caso Atala Rizzo y Niñas vs. Chile que ha sido mencionado por los accionantes para ser considerado como parte del bloque de constitucionalidad, versa sobre la custodia de sus hijas que le fue arrebatada a la señora Atala, por parte de la justicia chilena, debido a su orientación sexual. En efecto, la señora Atala, al divorciarse de su marido, acordó con él mantener la tuición y cuidado de las tres

niñas; pero a raíz de la convivencia lésbica de la señora Atala con la señora Ramón, el padre de las menores demandó la custodia alegando que la opción de vida sexual de la madre estaba produciendo consecuencias dañinas en el desarrollo de las menores. La Corte Suprema de Chile otorgó la custodia al padre, aduciendo, en resumen, que por la orientación sexual de la madre, las niñas se encontraban en riesgo y en estado de vulnerabilidad. En el caso que hoy se resuelve, no se ha demostrado que el Registro Civil o alguna entidad pública o privada haya limitado la patria potestad de la señora Rothón con respecto a su hija Satya Amani, o la haya apartado de su lado por razón de su orientación sexual, haya pretendido sustraerle de su custodia, o haya pretendido dar fin a su derecho de patria potestad, por lo que la sentencia Atala Roffo y Niñas vs. Chile, deviene en inaplicable. **NOVENO:** Respecto al caso de la señora Bicknell y su pretendido derecho de constituirse en una segunda madre de la menor, en la audiencia, los accionantes han hecho mención al caso X, Y y Z vs. Reino Unido, donde "... el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH"), siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia". Esta causa es aleccionadora y muy pertinente al caso que nos ocupa. Estos son los antecedentes: la señora Y fue inseminada con semen de un donador anónimo. X, una mujer transexual que se practicó una cirugía de cambio de sexo y que había convivido desde 1979 con Y, estuvo presente durante todo el proceso (como es el caso de la señora Bicknell (fs. 14 y 19)), y el comité de ética del hospital donde se practicó la inseminación, solicitó a X reconocerse a sí mismo como el padre del niño que se engendraría. En 1992 nació Z. X quiso registrar a Z como su hijo, con su apellido (al igual que la señora Helen Bicknell). En respuesta (como sucedió con la señora Bicknell), el Registrador General negó tal registro, basado en que solo el padre biológico puede ser considerado como padre para fines de registro (párrafos 13 a 18). La Comisión Europea de Derechos Humanos declaró admisible la queja efectuada por los peticionarios como violatoria al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos ["CEDH"] (derecho al respeto a la vida privada y familiar), en concordancia con el artículo 14 *ibidem* (prohibición de discriminación), en cuanto se vulneró el derecho a la intimidad y vida familiar de X, al no habersele reconocido como padre de Z, y esta situación fue discriminatoria, constituyéndose en una interferencia ilícita al ejercicio de dichos derechos, tanto más cuanto X se vio obligado a desistir de un trabajo en Botswana, por cuanto Y y Z no eran considerados sus cargas familiares (19). Sin embargo, el "TEDH" concluyó que "... dado que la transexualidad plantea complejas cuestiones científicas,

Setenta y cinco
(75)



legales, morales y sociales, que no han alcanzado un nivel de consenso entre los Estados Parte. ... el artículo 8 no puede ser invocado en este contexto, para establecer una obligación formal del Estado demandado [Reino Unido], de reconocer como padre del menor a una persona que no es biológicamente su padre [como ha sucedido en el presente caso]. Siendo así, el hecho de que la ley del Reino Unido no permita un especial reconocimiento legal de la relación entre X y Z, no habría un irrespeto a la vida familiar, en el sentido contemplado en el artículo 8. De ello se desprende que no ha habido una violación al artículo 8 de la Convención." (52). Entonces, siguiendo el criterio del "TEDH", la negativa de inscripción realizada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, contiene una restricción legítima del derecho a la vida familiar, criterio que es compartido por esta Sala, en concordancia con lo analizado en el considerando séptimo de esta sentencia. **DECIMO:** Los recurrentes han alegado falta de respeto a la igualdad formal y material y a la prohibición de discriminación, pues debido a su género y orientación sexual se le ha privado a la señora Bicknell inscribir a Satya Amani con sus apellidos, pues, según los recurrentes, si fuese hombre, no se le habría impedido el reconocimiento, como sucede con las parejas heterosexuales. Al respecto, esta Sala hace suyas las palabras del "TEDH" en el Caso X, Y, Z vs Reino Unido: "La Corte considera que la denuncia basada en el artículo 14 [Artículo 11.2 y 11.5, 66.4 de la Constitución ecuatoriana, en concordancia con los artículos 1, 2, 5 y 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer], es equivalente y no plantea una cuestión distinta de la queja basada en el artículo 8... en consecuencia, no es necesario considerar esta queja" (56). En efecto, si se acepta que no ha habido violación al derecho a la vida familiar, mal podría concluirse una violación al derecho a la igualdad. En la posición de inscribir al hijo con el solo apellido de la madre, se encuentran todas las mujeres solteras. Por otra parte, cabe resaltar que indistintamente del sexo, solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción, es quien puede reconocer al menor (son públicos y notorios los casos en que una persona aparece como "hijo de madre desconocida" sin que se le restrinja a la madre el derecho de reconocer a su hijo). Por tanto, la limitación de la institución del reconocimiento a ser realizada solo por los padres/madres biológicos, es legítima, por las consideraciones antes transcritas. **DECIMO PRIMERO:** Los accionantes han señalado, por último, que la negativa del funcionario del Registro Civil a la inscripción de la menor Satya Amani, atenta contra el interés superior de la niña, el cual se halla garantizado en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño. En el



caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (sentencia de ocho de septiembre de 2005), citada por los recurrentes, la "CIDH" ha explicado que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida "... como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad" (134). La presente acción se ha basado en la violación al derecho a la identidad de la menor Satya Amani, contemplado en el Art. 66.28 de la Constitución, que incluye "tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales". Los recurrentes se han sustentado en esta sentencia para insistir en que el registro de la persona, debe hacerse inmediatamente después de su nacimiento (183); y que dicho registro debe hacerse sin interferencia en el escogitamiento del nombre (184). En efecto, en el caso de las niñas Yean y Bosico, la República Dominicana negó el derecho a la nacionalidad de las menores, y las puso en situación de vulnerabilidad social, al mantenerlas como apátridas y bajo el riesgo de expulsión del país donde nacieron (República Dominicana) hacia Haití. (3, 11, 12). Cabe señalar que al momento de la denuncia ante la Comisión Interamericana, la niña Dilcia Yean contaba con más de 2 años de edad, mientras que la niña Violeta Bosico tenía más de 13 años de edad (109.6). Según los antecedentes presentados por la "CIDH", los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana, en su mayoría, "recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos nacidos en la República Dominicana" (109.10). "En la República Dominicana ha habido casos en que las autoridades públicas dificultan la obtención de las actas de nacimiento de los niños dominicanos de ascendencia haitiana. Como consecuencia, a los referidos niños les ha resultado difícil obtener la cédula de identidad y electoral, así como el pasaporte dominicano..." (109.11). "Para la inscripción tardía de nacimiento ... se debe presentar una serie de requisitos que varían de acuerdo con la edad de los solicitantes..." (109.13). "En la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá la oficial civil encargada de los registros de nacimiento... informó ... que no era posible registrar a las niñas, porque los solicitantes no contaban con todos los documentos requeridos por la junta Central Electoral para dicho procedimiento" (109.17). Entonces, resumiendo, en el caso Yean y Bosico, el Estado no otorgó la nacionalidad a las niñas, pese a haber nacido en su territorio, lo que tuvo consecuencias relacionadas con su

detenta y sus
(76)

derecho al nombre (175). La "CIDH", entonces, ha manifestado que los requisitos exigidos para probar el nacimiento deben ser razonables y no constituir un obstáculo para acceder a la nacionalidad (171). En el asunto materia del presente recurso, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, no ha exigido requisitos exagerados para evitar conceder la nacionalidad, o para impedir que la niña Satya Amani sea registrada; simplemente ha negado su registro con el apellido de la señora Bicknell. En este punto cabe anotar que el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece: *"Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario"*. Al conocerse quien es la madre de la menor Satya Amani, no se requiere acudir a nombres supuestos, mientras que la inscripción con el único apellido Rothon, cumple con lo dispuesto por la mencionada convención. En el caso X, Y, Z vs. Reino Unido, los denunciantes también argumentaron que la falta de registro de Z como hijo de X, vulneraba los derechos de Z; sin embargo, el "TEDH" manifestó que *"...si bien no se ha sugerido que la modificación de la ley solicitada por los demandantes [respecto a aceptar el registro en calidad de padre, a quien no lo es biológicamente], sería perjudicial para los intereses de Z o de los niños concebidos por fertilización asistida (AID), en general, no está claro que sólo podría redundar en beneficio de esos niños. En estas circunstancias, el Tribunal considera que el Estado puede justificadamente ser cauteloso en el cambio de la ley, ya que es posible que la enmienda pretendida pudiera tener ramificaciones no deseadas o imprevistas para los niños en la posición Z"* (47). El resultado es nuestro. *"Es imposible predecir el grado en que la ausencia de una conexión legal entre X y Z afectará el desarrollo de este último. Como se mencionó anteriormente, en la actualidad existe incertidumbre con respecto a la forma en que los intereses de los niños en la posición de Z puede ser protegida de la mejor manera... y el Tribunal no debe aprobar o imponer ningún punto de vista único"* (51). **DECIMO SEGUNDO:** Para continuar con el análisis del interés superior del menor, esta Sala, primeramente pone sobre el tapete el hecho de que existe en juego otra ley, el Acta británica de Fertilización y Embriología Humana respecto al tema. Los recurrentes la han citado en relación con su artículo 42 (1) y (2), que permitiría la doble maternidad, y que en lo principal indicaría que en caso de que a una mujer se le implantase un embrión, espermatozoides y óvulos, o fuese fecundada artificialmente mientras se encuentra en una unión civil, la pareja será tratada como "padre" del niño, a menos que se establezca que ella no


Uella 1000 (10)

consintió en la inseminación. Sin embargo, cómo podría una Corte ecuatoriana pronunciarse respecto a la situación jurídica de la señora Bicknell con relación a la menor Satya Amani, sin crear un eventual conflicto con la legislación británica? En el Reino Unido se encuentran los antecedentes de la creación de la niña, la licencia respectiva, si aplica, el consentimiento escrito del donante de utilizar sus gametos, de ser el caso, y las condiciones de dicho consentimiento, entre otros, todo lo cual no ha sido aportado por los recurrentes, y por lo mismo, la Sala no está en capacidad siquiera de hacer una análisis de proporcionalidad (precedencia condicionada). El caso Evans vs. Reino Unido es instructivo para resaltar el tema del consentimiento o su retractación, en la utilización de los gametos y de los embriones a ser usados en los tratamientos. En tanto en cuanto esta sentencia del "TEDH" nos deja en claro que el donante puede no ser un hombre anónimo (dato que tampoco se conoce con respecto a las peticionarias), bien podría darse el caso de que exista un padre que pueda ser llamado tal. En este punto, es lógico concluir que el mayor bienestar del menor no sería servido si se pone a la niña en riesgo de una impugnación de paternidad, al ordenar la inscripción como sugieren las peticionarias, o privarle del derecho a conocer a su padre biológico, o eventualmente, a concederle dos madres [por aplicar criterios de la legislación extranjera, sin suficiente sustento] y un padre (si en el Reino Unido el hombre reclama su paternidad), cosa que ni siquiera en la ley británica estaría previsto. Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo, y se confirma la sentencia venida en grado en los términos de la presente resolución. Una vez ejecutoriada esta resolución, retorne el proceso al juzgado de origen, para los efectos legales correspondientes y copia de esta resolución remítase a la Corte Constitucional. **NOTIFÍQUESE.-**

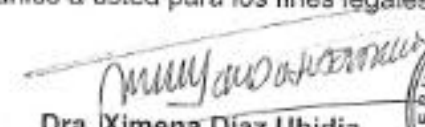

Dra. Carmen Zambrano Samblanes

JUEZA


Dr. Patricio Navarrete Sotomayor
JUEZ


Dr. Eduardo Ochoa Chiriboga
JUEZ

Particular que comunico a usted para los fines legales consiguientes.-


Dra. Ximena Díaz Ubidia
SECRETARIA RELATORA



El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes
Achenka y dos (82)

 **Defensoría
del Pueblo**

**SEÑORA JUEZA Y SEÑORES JUECES DE LA TERCERA SALA DE
GARANTÍAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA**

Acción Extraordinaria de Protección
Sentencia de 13 de agosto de 2012
Causa No. 0223-2012-VC

I. NOMBRE DE LOS LEGITIMADOS ACTIVOS

Dr. Patricio Benalcázar Alarcón, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; Carla Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza; Ab. José Luis Guerra Mayorga, Coordinador Nacional de Protección Prioritaria; domiciliados/as en esta ciudad de Quito, ante ustedes respetuosamente comparecemos dentro del término legal, para interponer la siguiente Acción Extraordinaria de Protección para ante la Corte Constitucional, al tenor de lo dispuesto en el Art. 94 y 215 de la Constitución de la República y Arts. 58 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), debidamente legitimados conforme al Art. 9 literal b) de la LOGJCC.

II. SENTENCIA OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN

2. La sentencia que será objeto de la presente acción es la emitida por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de fecha 9 de agosto de 2012 a las 16h40 y notificada el 13 de agosto de 2012, dentro de la causa No. 0223-2012-VC, misma que se encuentra debidamente ejecutoriada.

III. DEMOSTRACIÓN DE HABER AGOTADO TODOS LOS RECURSOS

3. La sentencia objeto de la presente acción extraordinaria de protección corresponde a la segunda y última instancia dentro de las garantías jurisdiccionales, conforme al Art. 4 numeral octavo de la LOGJCC, de modo que sobre la misma no cabe recurso ordinario alguno. No obstante, consideramos necesario demostrar que no existía otra vía de exigir los derechos vulnerados.

4. La Opinión Consultiva OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al desarrollar el contenido del Art. 25 del Pacto de San José que trata sobre la protección judicial de los derechos fundamentales, ha establecido:

Como ya lo ha señalado la Corte, el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos

Av. De la Prensa 854-97 y Jorge Piedra
Teléfono: (593-2) 3301840 / 330.3431
RUC: 1760013130001
www.dpo.gob.ec



fundamentales. (...) Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

Y más adelante explica:

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial...!

5. Más importante aún, en nuestro país se ha establecido la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de casos relacionados con actos de poder público con efectos generales o particulares. Sin embargo, ésta tiene por objeto la nulidad de un acto administrativo que vulnere derechos de una persona determinada, mas no considera asuntos de trascendental importancia para un caso que verse sobre derechos humanos, tal como la reparación integral del daño que logre el goce y ejercicio plenos del derecho conculcado. La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a lo sumo prevé un régimen de indemnizaciones económicas, que en nada ayuda al caso concreto que presentamos². Por el contrario, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, opera precisamente en este sentido; así lo demuestran los Arts. 6 y 18:

Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la

¹ Opinión Consultiva Oc-9/87 del 6 De Octubre De 1987, párrafos 23 y 24.

² Art. 64.- El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones señaladas, adoptará, a petición de parte, cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo.



**Defensoría
del Pueblo**

El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

Ocheula y nes 83

Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

(...)

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

6. Sin ahondar más en el asunto por cuanto el mismo no es el objeto de la presente demanda, se concluye que la vía idónea para tutelar derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, es la acción de protección, específicamente establecida para ello por la propia Carta Fundamental y la Ley Orgánica de la materia, y no la jurisdicción contencioso administrativa la misma que, si bien puede asemejarse en algo (pues ambas se iniciarán casi siempre por un acto de un órgano estatal), tienen fines absolutamente diferentes.

7. En ese sentido, desde el inicio en que se hizo el requerimiento administrativo a la Dirección Nacional de Registro Civil, luego con la interposición de la acción de protección que fue negada con argumentos meramente formales, fuera de los plazos que la ley determina para el efecto y posteriormente al interponer el recurso de apelación que fue negado nuevamente; esta vez con argumentos jurídicos que como demostraremos adolecen de falacias profundas que no obedecen a los designios constitucionales de la protección constitucional de derechos.

IV. IDENTIFICACIÓN PRECISA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VIOLADO

8. El derecho constitucional inobservado por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, es el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República que detalla: *"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"*, mismo que procedemos a analizar con detenimiento.

Ax. De la Prensa NS4-87 y Jorge Piedra
Telefax: (593.2) 3301840 / 330.3431
RUC: 1760013130001
www.dpe.gob.ec



V. DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS

9. La tutela judicial efectiva, es el reconocimiento de un derecho fundamental de toda persona, indispensable en un Estado democrático, en un Estado constitucional de derechos y justicia. Si bien este derecho es el antecedente del derecho al debido proceso; es decir, mediante la cabal observancia de las reglas procesales en un trámite de cualquier índole (judicial o administrativo), se logra esta tutela efectiva; su intencionalidad y propósito no termina ahí. Más allá del debido proceso existen otros componentes relacionados a la tutela judicial efectiva, dentro de los cuales podemos encontrar que la tutela se realiza también cuando las partes dentro del proceso obtienen del juez/a o tribunal una respuesta o sentencia motivada (esto es, razonable, congruente, coherente y de calidad) que se pronuncie sobre el fondo de la controversia poniendo fin a la misma, garantizándose el cumplimiento de ésta³. Los vicios en los que puede incurrir el juzgador a la hora de evaluar los hechos y subsumirlos al Derecho, cuando éstos perjudiquen ilegítimamente a los intereses de las partes, o más aún, a los derechos humanos de alguna de ellas, deben ser contrarrestados a tiempo, impidiendo que se provoque una vulneración que luego será difícil o imposible de reparar, en razón de que lo que se afecta es la dignidad misma de las personas. Para este fin, el legislador constituyente creó la acción extraordinaria de protección, la cual tiene por objeto:

"La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional" (Art. 94 Constitución).

10. El juzgador constitucional no puede desconocer, al momento de resolver, principios clave de nuestra Norma Fundamental:

- a. *"Nosotras y Nosotros, el pueblo soberano del Ecuador... decidimos construir Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y colectividades (Preámbulo)"*
- b. *"Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades."*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, **identidad de género**, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, **orientación sexual**, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra*

³ Aguirre Guzmán, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Foro*, 5-43.

g



**Defensoría
del Pueblo**

El desafío de ver diferentes, es sentirnos semejantes

Ocheuta y cuatro (84)

distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación." (Art. 11.2) (el subrayado nos pertenece)

- c. "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales" (Art. 11.4)
- d. "En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia" (Art. 11.5)
- e. "Todos los principios y los derechos son indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" (Art. 11.6)
- f. "El contenido de los derechos se desarrollará de forma progresiva" (Art. 11.8)
- g. "Se deroga la Constitución de 1998 conjuntamente con toda norma del ordenamiento jurídico que sea contrario a la Constitución vigente" (Disposición Derogatoria).

11. De considerarlo necesario, el Tribunal tiene la potestad de acercarse a las actas de los debates generados en el seno de la Asamblea Constituyente de Montecristi, con la finalidad de comprender el porqué de los artículos constitucionales, el fin que perseguía el legislador constituyente cuando redactó la Norma en la forma en que lo hizo, y garantizar así el pleno respeto a su voluntad, que representa la de todos y todas. Aseverar, sin una exhaustiva argumentación, que la restricción de determinados derechos constitucionales es legítima, pone en riesgo la tutela de derechos a que está llamada y se convierte en un despropósito de la justicia constitucional.

12. La Corte Constitucional, en la sentencia No. 010-12-SEP-CC, acusa a la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, de extralimitarse en la administración de justicia y con ello contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva: "...Resulta de esto que es un sofisma el argumento de la Sala Primera de lo Penal de Corte Nacional de Justicia, es decir, utiliza un argumento desconectado con los fines propios de la norma que le sirve de fundamento." Es decir, el juzgador debe remitirse al espíritu de la norma constitucional para lograr su efectiva aplicación a los casos concretos sometidos a su valoración. Extraer a conveniencia segmentos del bloque de constitucionalidad para adecuarlos, no al Derecho sino a parciales e inadecuadas interpretaciones del juez, que no deben reflejarse en la sentencia, es una violación a Constitución en tanto las ciudadanas y ciudadanos tenemos derecho a una administración de justicia imparcial. El Art. 427 de la Norma Fundamental establece:

"Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en

Ave. De la Prensa N54-97 y Jorge Piedra
Teléfono: (593.2) 3301840 / 330.3431
RUC: 1750013130001
www.dpe.gob.ec

4



el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional" (el subrayado nos pertenece).

13. Cuando se llama a la autoridad judicial a resolver sobre derechos constitucionales se debe partir de comprender de manera adecuada las intenciones constitucionales y pasar de realizar análisis formales a detallar análisis dogmáticos profundos que procuren desentrañar el contenido de las mismas. La propia LOGJCC nos ilustra acerca de los mecanismos de interpretación y aplicación de la norma constitucional en los artículos 2 y 3 de la misma. Donde si bien se desarrollan preceptos esenciales, cabe recordarlos brevemente para el análisis posterior:

"Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.

2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente



**Defensoría
del Pueblo**

El desafío de ser diferentes, es sentimos semejantes

Ocheula y cinco (85)

válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. *Ponderación.*- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. *Interpretación evolutiva o dinámica.*- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o inefficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. *Interpretación sistemática.*- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. *Interpretación teleológica.*- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. *Interpretación literal.*- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. *Otros métodos de interpretación.*- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación."

a. Análisis de derechos

14. El 08 de diciembre de 2011 nace Satya Amani, hija de Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell, quienes han conformado una familia de hecho hace más de diez años, misma que ha sido formalizada en Reino Unido en el año 2010 y en Ecuador el 2011.

15. La niña Satya Amani como es de lógica deducción vive con sus madres en el seno de su familia, bajo sus cuidados y responsabilidad, cuestión que hemos demostrado a lo largo de los diferentes recursos precedentes a este pero que no resulta ser una cuestión menor o de apreciación superficial.

16. Como se mencionaba brevemente en párrafos anteriores, la Constitución prescribe, entre sus principios orientadores:

*Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
(...)*

3. Las derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

(...)

Av. De la Prensa N54-97 y Jorge Piedra
Teléfono: (593.2) 3301840 / 330.3431
RUC: 1760013130001
www.dpe.gob.ec

nl



Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".

17. La sentencia objeto de la presente acción permite que prospere la consideración de la Dirección General de Registro Civil sobre la supuesta imposibilidad de registrar a la niña Satya como hija de dos madres en virtud de que nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad de filiación materna, afirmación que se contrapone al principio de aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales.

18. El Tribunal conformado por la Tercera Sala de Garantías Penales, determina en su sentencia:

...la Constitución acepta que existen varios tipos de familia (aunque no indica cuáles); estas familias pueden tener vínculos jurídicos o de hecho, y respecto al grado de protección que concede, se remite a la ley, que para el caso, sería el Código Civil. Así, la protección constitucional a la familia, no es absoluta, sino sujeta a la ley en el caso de la unión de hecho, y limitada a parejas heterosexuales cuando se trate de matrimonio y adopción...El oficio número 2012-9-DAJ, del Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, no impugna la validez de la protocolización del Acta de Unión de Hecho, ni la desconoce para fundamentar su negativa de inscripción, de tal manera que no se podría concluir que en este contexto, los derechos a la igualdad y no discriminación o a la vida privada y familiar hayan sido violados (Considerando Sexto).

19. Similares reflexiones se plasman en el considerando Séptimo de la sentencia (cuando se afirma que al no negar la inscripción de la niña Satya Amani como hija de su madre biológica se está garantizando la no discriminación) y en el considerando Noveno (que, en referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se puede obligar al Estado británico a reconocer la familia en el contexto solicitado por no haber consenso entre los Estados parte en dicho circuito internacional).

20. Analizando este argumento de la Corte Provincial debemos recordar los mecanismos de interpretación que se determinan para la administración de justicia constitucional. La norma fundamental determina que se reconoce y se protege a la familia en sus diversos tipos, cuestión que es analizada por la Corte Provincial pero lastimosamente lejos de los principios y reglas de interpretación constitucional legalmente reconocidos. El principio de aplicación más favorables a los derechos requiere que debe prevalecer la interpretación que más favorezca el ejercicio de derechos, cuestión

gl



**Defensoría
del Pueblo**

El desafío de ser diferentes, es sentirnos semejantes

Ochenta y seis (86)

que resulta complejo comprender cuando la autoridad judicial determina que la protección de familias en sus diversos tipos solamente se relaciona a la familia heterosexual tomando en cuenta el código civil y lo más preocupante es que determina que la protección no es absoluta; análisis que tácitamente derogaría la norma constitucional y que se contradice en su argumentación, puesto que al manifestar que se reconoce la variedad de familias al ampliar su concepción a la unión de hecho, pero no a la unión de hecho de personas de la diversidad sexual cuestión que es evidentemente discriminatoria. En sí el silogismo argumentativo propuesto por la Corte Provincial padece de inconsistencias y se basa en un análisis constitucional que está muy lejos de determinar la interpretación que más favorezca a la plena vigencia de derechos.

21. De la misma manera y siguiendo el sistema de interpretación de derechos constitucionales nos encontramos con el método de interpretación evolutiva o dinámica, donde se determina que las normas deberán ser interpretadas conforme a los cambios sociales y normativos de las cuestiones que regulan con la finalidad de no hacerlas ineficientes y principalmente contrarias a la Constitución. Interpretar una norma constitucional en el contexto de prohibición de la discriminación en todo momento y nivel, y el progresivo avance en el reconocimiento de derechos a todos los grupos humanos resulta inadecuado, por decirlo de alguna manera, determinarla con normas secundarias y muy alejadas del espíritu constitucional como el código civil y la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación para con ello restringir un derecho constitucional a una determinación anacrónica y totalmente descontextualizada.

22. En ese sentido es muy interesante analizar como la misma Sala de la Corte Provincial en la sentencia del caso 0878-2010, en un caso donde se ordena la inscripción en el registro civil de una unión de hecho de una pareja del mismo sexo y que se ha solicitado a la Corte Constitucional sea seleccionada, al hablar acerca de la legalidad detalla: *"La legalidad constitucional en el Estado constitucional de derechos y justicia, debe ser considerada desde una perspectiva que evidentemente exceda el concepto de simple respeto a la ley. Vulnera el principio de legalidad quien actúa contra disposiciones expresas contenidas en tratados y convenios internacionales de protección de derechos humanos, y no sólo quien vulnera la ley"*.

23. En sí, lejos de ser una argumentación relacionada al fondo, el razonamiento de la Corte Provincial se presenta como una de las muchas falencias que encontramos en la sentencia y que de manera sistemática afecta el acceso a una tutela judicial efectiva; ya que como hemos dicho, no es solo permitir el acceso a los mecanismos de justicia sino proveer a las decisiones de los mismos de contenido de interpretación normativa constitucional profunda y adecuada.

24. En el considerando Décimo la Sala emplea una falacia jurídica para argumentar su decisión. Afirma que:

"...indistintamente del sexo, solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción, es quien puede reconocer al menor (son públicos y notorios los casos en que una persona

Av. De la Prensa N54-97 y Jorge Piedra
Teléfono: (093.2) 3301940 / 330.3431
RUC: 1760013130001
www.dpe.gob.ec

gr

venida y sus (86)
Uelta



**Defensoría
del Pueblo**
Ecuador

El desafío de ser diferentes, sin sentirnos soñantes

aparece como 'hijo de madre desconocida' sin que se le restrinja a la madre el derecho de reconocer a su hijo). Por tanto, la limitación de la institución del reconocimiento a ser realizada solo por los padres/madres biológicos, es legítima, por las consideraciones antes transcritas."

25. Nuevamente, se toma en cuenta que en el acta de nacimiento solo se pueden ingresar los nombres y apellidos de los padres biológicos de un niño o niña y determina que por aquello y por el hecho de que las madres pueden registrar a sus hijos con su solo reconocimiento, considera que la institución del reconocimiento le corresponde solamente a padres biológicos. Lamentablemente este tipo de silogismos no pueden ser parte del criterio formado de jueces constitucionales de derechos humanos debido a que, para realizar tal afirmación debe fundamentarla en normas, interpretaciones del contexto normativo de la Constitución; siendo que simplemente se está negando un derecho a una persona por algo que en el mejor de los casos podría interpretarse como una limitación técnica y que nada tiene que ver con la norma constitucional.

26. La misma Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, que a lo largo de todo este proceso se ha defendido por el Registro Civil, el juzgado de primera instancia y la Corte Provincial en detrimento de una interpretación constitucional adecuada, no hace referencia alguna a que la inscripción la hagan la madre y el padre biológico; cuestión que seguramente será rebatida si analizamos el contexto en que fue emitida esa norma, donde seguramente no habría problema alguno en asumir e interpretar que los padres de una niña o niño solamente podrían ser los biológicos (cuestión mucho más clara analizando el contexto en que fue desarrollado el Código Civil), época en la que debemos recordar, la homosexualidad era delito penal y se la consideraba como una enfermedad. Ventajosamente mucho tiempo ha pasado y los derechos, como en su esencia se mantiene, han progresado hasta la actual Constitución que en este caso en particular no encontraría contradicción normativa debido a que, si como manda el artículo 3.4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales esas normas deban ser interpretadas en el contexto actual y sobretodo bajo el régimen de la norma constitucional.

27. Queremos significar con esto que el paradigma de interpretación de derechos constitucionales no puede seguir siendo desconocido en beneficio de mecanismos de interpretación normativas simplistas y lejanas de sustrato constitucional que debe nutrir las mismas. Cuestión que evidentemente expone a un escenario de falta de tutela efectiva, como hemos venido demostrando.

28. Ahora bien, largas argumentaciones se podrían desarrollar para evidenciar aún más la inapropiada apreciación de la justicia constitucional que tiene la Sala y que ha dejado, previo a un análisis superficial e inadecuado de las normas, en completa indefensión a una niña y sus madres, cuyos derechos sustanciales siguen siendo vulnerados flagrantemente, y el derecho legítimo de que los mismos sean tutelados mediante un recurso efectivo y eficaz se ha visto vulnerado a profundidad por el irrespeto a la norma constitucional y el derecho a una tutela judicial efectiva.

Av. De la Prensa N54-97 y Jongo Piedra
Teléfono: (593.2) 3301840 / 330.3431
RUC: 1760013130001
www.dpe.gob.ec

29. Finalmente debemos recordar que dentro del caso tenemos un solo hecho perceptible por los sentidos y que es público y notorio, la niña Satya Amani Bicknell Rothern, nacida en la República del Ecuador, fue producto de un embarazo programado, por inseminación artificial, dentro de su núcleo familiar, que se encuentra compuesto por Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, dos mujeres, pero que cumplen sus roles dentro de la familia en función de su género y su autodeterminación sexual, que tienen una unión de hecho legalmente establecida en el Ecuador y una unión civil legalmente reconocida en el Reino Unido; que han construido un hogar con todos los parámetros afectivos aceptables en la sociedad ecuatoriana y con los recursos económicos suficientes para garantizar que todos los derechos de la niña sean satisfechos a cabalidad; y por otro lado, tenemos una legislación (ecuatoriana) que no cumple con las exigencias de una realidad existente, que está ocurriendo en Ecuador, que no se puede negar, ni borrar; y que se ha visto sometida a una administración de justicia que no ha sabido comprender la magnitud de la justicia constitucional, su esencia y finalidad. Razón por la cual, corresponde a los y las magistradas y magistrados de la Corte Constitucional de la República del Ecuador, determinar la vulneración de derechos cometida por la Sala de la Corte Provincial de Pichincha conforme hemos señalado y la subsecuente afectación a la familia Bicknell Rothern, y en especial a los derechos de la niña Satya Amani Bicknell Rothern.

VI. TRASCENDENCIA NACIONAL

30. El tratamiento del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva; más allá de ser de vital importancia para el desarrollo de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia en todo sentido, se convierte en un elemento esencial para el respeto de derechos de grupos sociales que con el nuevo marco normativo constitucional se abren campo en la administración de justicia para que sus derechos sean reconocidos sin discriminación. El análisis y decisión de la máxima autoridad constitucional del país generará un precedente a nivel nacional de gran utilidad para el futuro tratamiento e interpretación de los derechos constitucionales por los Órganos de Justicia, y finalmente lograr el cometido constitucional de garantizar derechos humanos de manera efectiva y hacer realidad el avance en su reconocimiento progresivo.

VII. SOLICITUD

31. Por todo lo expuesto, solicitamos se sirvan declarar la procedencia de la presente acción extraordinaria de protección, y en consecuencia, declaren la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha dentro de la acción de protección signada con el No. 223-12-VC, el 9 de agosto de 2012, asimismo ordenar la reparación integral del derecho afectado, conforme lo establece el Art. 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

W. Guerra y J. Guerra (07)



**Defensoría
del Pueblo**
ECUADOR

El desafío de ser diferentes, es positivo por ejantes

VIII. NOTIFICACIONES

32. A los señores jueces y señora juezas de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia se les notificará en el edificio de la Corte Provincial de Pichincha, ubicado en la Av. República y Pradera.

33. Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el correo electrónico cpatino@dpe.gob.ec y subsidiariamente en la casilla constitucional No. 24 asignada a la Defensoría del Pueblo.

Sírvase proveer por ser legal y constitucional nuestro pedido.

Dr. Patricio Benalcázar
AJUNTO PRIMERO
DEFENSORIA DEL PUEBLO DE
ECUADOR

Carla Patiño Carreño
DIRECTORA NACIONAL DE
PROTECCION DE DERECHOS
HUMANOS Y DE LA NATURALEZA

José Luis Guerra Mayorga
COORDINADOR NACIONAL DE
PROTECCIÓN PRIORITARIA

Av. De la Prensa N54-97 y Jorge Piedra
Teléfono: (593-2) 3301840 / 330.3431
RUC: 1760013130001
www.dpe.gob.ec

Anexo 9



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

PATRICIO BENALCÁZAR ALARCÓN
PRIMERO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

CASILLA CONSTITUCIONAL Nro. 024
SE LE HACE SABER:

SECRETARÍA
GENERAL

Caso N.° 1692-12-EP

Jueza ponente: Dra. Tatiana Ordeñana Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL.- SALA DE ADMISIÓN.- Quito D.M., 30 de septiembre de 2014, a las 12:33.- **Vistos.-** De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el artículo 197 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria de 12 de agosto de 2014, la Sala de Admisión conformada por las juezas constitucionales Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra y Ruth Seni Pinoargote, en ejercicio de su competencia **AVOCA** conocimiento de la **causa N.° 1692-12-EP, Acción Extraordinaria de Protección**, presentada el 10 de septiembre de 2012, por los señores: Patricio Benalcázar Alarcón, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; Carla Patiño Carreño, Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza; y, José Luis Guerra Mayorga, Coordinador Nacional de Protección Prioritaria.- **Decisión judicial impugnada.-** Los accionantes formulan acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 9 de agosto de 2012, dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la acción de protección N.° 0223-2012.- **Término para accionar.-** La presente acción extraordinaria de protección es propuesta contra una decisión que se encuentra ejecutoriada, y ha sido presentada dentro del término establecido en el Art. 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, reformado mediante Resolución No. 001-2013-CC., emitida por el Pleno de la Corte Constitucional, el 05 de marzo de 2013 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 906 del 06 de marzo de 2013.- **Identificación del derecho constitucional presuntamente vulnerado.-** Los accionantes señalan que se vulneraron los derechos constitucionales contenidos en los artículos 75 y 11, numerales 2, 4, 5, 6 y 8 de la Constitución de la República del Ecuador.- **Antecedentes.-** El 8 de marzo de 2012, los señores Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo; Patricio Benalcázar, Adjunto Primero del Defensor del Pueblo; y, Carla Patiño, Directora Nacional de Protección de los Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo formularon acción de protección en contra del Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador. En esta acción, los legitimados activos impugnaron la decisión adoptada por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Dirección General del Registro Civil Identificación y Cedulación constante en el oficio N.° 2012-9-DAJ de 10 de enero de 2012. En dicho oficio, la institución accionada estableció que en procura de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna no es procedente inscribir el nacimiento de la menor Satya Amani bajo una doble filiación

06 OCT 2014
15:30



Caso N.° 1692-12-EP

materna, es decir que no se puede registrar como madres de la menor Satya Amani a las señoras Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell pues la legislación ecuatoriana no contempla la duplicidad de filiación. La acción de protección planteada, fue conocida por el Juez Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, quien luego del trámite respectivo en sentencia de 21 de mayo de 2012, resolvió inadmitir la acción de protección propuesta. De esta sentencia los accionantes interpusieron recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a los señores jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha quienes dictaron sentencia el 9 de agosto de 2012, en la que decidieron rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia venida en grado. Sobre esta decisión judicial recae la presente acción extraordinaria de protección.- **Argumentos sobre la presunta vulneración de derechos constitucionales.**- En lo principal, los accionantes sostienen que la sentencia que impugnan vulnera derechos constitucionales por cuanto "(...) permite que prospere la consideración de la Dirección General del Registro Civil sobre la supuesta imposibilidad de registrar a la niña Satya como hija de dos madres en virtud de que nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad de filiación materna, afirmación que se contrapone al principio de aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales". De la misma manera los accionantes argumentan que "(...) La norma fundamental determina que se reconoce y protege a la familia en sus diversos tipos, cuestión que es analizada por la Corte Provincial pero lastimosamente lejos de los principios y reglas de interpretación constitucional legalmente reconocidos. El principio de aplicación más favorable a los derechos requiere que debe prevalecer la interpretación que más favorezca el ejercicio de derechos, cuestión que resulta complejo comprender cuando la autoridad judicial determina que la protección de familias en sus diversos tipos solamente se relaciona a la familia heterosexual tomando en cuenta el código civil y lo más preocupante es que determina que la protección no es absoluta; análisis que tácitamente derogaría la norma constitucional y que se contradice en su argumentación, puesto que al manifestar que se reconoce la variedad de familias al ampliar su concepción a la unión de hecho, pero no a la unión de hecho de personas de la diversidad sexual cuestión que es evidentemente discriminatoria. En sí el silogismo argumentativo propuesto por la Corte Provincial padece de inconsistencias y se basa en un análisis constitucional que está muy lejos de determinar la interpretación que más favorezca la plena vigencia de derechos."- **Pretensión.**- Los accionantes solicitan "(...) declarar la procedencia de la presente acción extraordinaria de protección y en consecuencia, declaren la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la sentencia dictada por la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha dentro de la acción de protección signada con el N.° 223-12-VC, el 9 de agosto de



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR




101
Cuentos

Caso N.° 1692-12-EP

2012, asimismo ordenar la reparación integral del derecho afectado, conforme lo establece el Art. 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional".- La Sala de Admisión realiza las siguientes

CONSIDERACIONES: PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo innumerado cuarto, agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional el 24 de octubre de 2012 ha certificado que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.- **SEGUNDO.-** El artículo 10 de la Constitución establece "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales". El numeral 1 del artículo 86 ibidem señala "Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución".- **TERCERO.-** El artículo 94 del texto constitucional determina: "La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado".- **CUARTO.-** La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sus artículos 61 y 62, establece los requisitos de admisibilidad para la acción extraordinaria de protección. De la revisión de la demanda, y de los documentos que se acompañan a la misma, se encuentra que en el presente caso se cumplen con los requisitos de admisibilidad previstos en los artículos referidos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En virtud de lo señalado, así como de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, esta Sala, **ADMITE** a trámite la acción extraordinaria de protección N.° 1692-12-EP, sin que constituya pronunciamiento sobre la materialidad de la pretensión. Procedase con el sorteo correspondiente para la sustanciación de la presente acción. **NOTIFÍQUESE.-**


Dra. Wendy Molina Andrade
JUEZA CONSTITUCIONAL


Dra. Tatiana Ordeñana Sierra
JUEZA CONSTITUCIONAL



Caso N.º 1692-12-EP

Dra. Ruth Seni Pinoargote
JUEZA CONSTITUCIONAL

LO CERTIFICO.- Quito D.M., 30 de septiembre de 2014, a las 12:33.



MATERIAL DE AUDIO

- Entrevista a Bernarda Freire. Activista por los derechos LGBTI. 26 de agosto de 2014.
- Entrevista a José Luis Guerra, Director General Tutelar de la Defensoría del Pueblo. 29 de septiembre de 2014.
- Entrevista a Nicola Rotheron y Helen Bicknell, madres de Satya Amani Bicknell Rotheron. 16 de marzo de 2015.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Gabriela Gisell Tamariz Cuzme, C.C. 1311865354, autora del trabajo de graduación intitulado: "PROCEDENCIA EN ECUADOR DE LA INSCRIPCIÓN DE UN HIJO O DE UNA HIJA CON LOS APELLIDOS DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL, A LA LUZ DEL CASO SATYA", previa a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 23 de septiembre de 2015

Gabriela Tamariz

Firma

Cédula: 1311865354


 REPUBLICA DEL ECUADOR
 MINISTERIO DEL INTERIOR
 DIRECCION GENERAL DE IDENTIFICACION Y REGISTRO CIVIL

CEDULA DE IDENTIFICACION CIUDADANIA No. 131166535-4
 TAMARIZ CUZME GABRIELA GISELL
 MANABI/PORTOVIEJO/18 DE MARZO
 04 AGOSTO 1990
 IDENTIFICACION No. 011- 0070 04882 F
 MANABI/ PORTOVIEJO
 PORTOVIEJO 1990



 Gabriela Tamariz

ECUATORIANA***** V333214242
 SOLTERO
 SECUNDARIA ESTUDIANTE
 HECTOR PATRICIO TAMARIZ GOMEZ
 ANGELA FERNANDA CUZME ZAMERANO
 QUITO 06/08/2008
 06/08/2020
 REN 2874587
 Pch

